SALVADOR / RAMOS / GÓMEZ / RUBÍ / LUNA / MILÀ

Derecho de Daños (DdD)

Análisis, aplicación e instrumentos comparados

9ª edición

2020

.

Derecho de Daños
(DdD)

Análisis, aplicación e instrumentos comparados

9ª edición

2020

Pablo Salvador Coderch
Catedrático emérito de derecho civil

Sonia Ramos González
Profesora agregada interina de derecho civil

Carlos Gómez Ligüerre
Profesor Titular de derecho civil

Antoni Rubí Puig
Profesor agregado de derecho civil

Álvaro Luna Yerga
Abogado, profesor asociado de derecho civil

Rosa Milà Rafel
Investigadora Ramón y Cajal, derecho civil

Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Índice

Capítulo 1º **7**

Estructuración del discurso legal y fundamentos analíticos del remedio indemnizatorio en el derecho español de daños 7

Pablo Salvador Coderch

Capítulo 2 ..... **47**

Las cuatro reglas básicas de responsabilidad 47

Pablo Salvador Coderch, Sonia Ramos González

Capítulo 3 ..... **69**

Negligencia (I): Circunstancias de la negligencia 69

Pablo Salvador Coderch

Capítulo 4 ..... **89**

Negligencia (II): Estimación del riesgo 89

Pablo Salvador Coderch

Capítulo 5 ..... **113**

Negligencia (III): Negligencia *per se y res ipsa loquitur* 113

Pablo Salvador Coderch, Sonia Ramos González

Capítulo 6 ..... **137**

Responsabilidad objetiva 137

Antoni Rubí Puig, Pablo Salvador Coderch

Capítulo 7 ..... **155**

Negligencia unilateral y bilateral en la responsabilidad por culpa y en la responsabilidad objetiva 155

Carlos Gómez Ligüerre, Pablo Salvador Coderch

Capítulo 8 ..... **182**

Causalidad de hecho 182

Pablo Salvador Coderch, Antoni Rubí Puig

Capítulo 9 ..... **218**

Imputación objetiva 218

Pablo Salvador Coderch, Antoni Rubí Puig

Capítulo 10 ..... **257**

Responsabilidad por hecho ajeno 257

Carlos Gómez Ligüerre, Rosa Milà Rafel

Capítulo 11 ..... **281**

Daño 281

Sonia Ramos González

Capítulo 12 ..... **334**

Prescripción 334

Carlos Gómez Ligüerre

Capítulo 13 ..... **355**

El proceso civil de reclamación de responsabilidades civiles 355

Álvaro Luna Yerga

Capítulo 1º
Estructuración del discurso legal y fundamentos analíticos del remedio indemnizatorio en el derecho español de daños

1. Cuatro modos de estructurar el discurso legal 8

1.1. IRAC: el punto de vista del jurista y la redacción de notas, informes, memoranda o dictámenes legales 8
1.2. Las fichas Dalloz y la cultura del Droit Civil 10
1.3. "Ex ante" y "ex post". Lecciones para el futuro: el punto de vista del ingeniero 10
1.4. PARC. El marco del discurso legal y la aplicación efectiva de las reglas de derecho: el punto de vista del científico social 11
1.5. La redacción legal. El punto de vista del escritor legal 12
2. La transversalidad del derecho de daños. 14
2.1. Responsabilidad civil y responsabilidad civil derivada de delitos penales 14
2.2. Material complementario: atropello múltiple en la estación de ferrocarril de Castelldefels, Barcelona (23.6.2010) 15
3. Fuentes primarias y secundarias (Primary and Secondary Sources) 22
3.1. Legislación (Statutes) 23
3.2. Jurisprudencia (Case-Law) 24
3.3. Doctrina (Secondary Literature or Secondary Sources) 25
4. Análisis económico del derecho (Law and Economics) 28
5. Las dos concepciones tradicionales de la responsabilidad civil: el daño como injusticia que debe ser corregida y el daño como pérdida que debe ser evitada ... 29
6. Concepto y clases de accidente, y limitaciones del derecho de daños. La minimización de los costes sociales de los accidentes 30
6.1. Concepto y clases de accidente 30
6.2. Limitaciones del derecho privado de daños 31
6.3. La minimización de los costes sociales de los accidentes (Guido Calabresi, 1970; Steven Shavell, 2004) y las simplistas asunciones iniciales de los primeros modelos analíticos del moderno derecho de daños 32
8. Responsabilidad civil y penal (Tort and Crime) 33
9. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad (también civil, pero) contractual (Tort and Contract) 34
9.1. Material complementario: ¿responde el propietario por los daños que él mismo ha causado al objeto de su propiedad? 35
10. Responsabilidad civil y derecho regulatorio 39
11. ¿Es el derecho de daños una especialidad bien definida? 39
12. Material complementario: la acción de daños de los perjudicados por un ilícito competencial y el Real Decreto-ley 9/2017 por el que se implementa la Directiva comunitaria sobre antitrust damages actions de 2014 41

1. Cuatro modos de estructurar el discurso legal

Los profesionales del derecho se expresan, verbalmente y por escrito, mediante un discurso estructurado sobre el caso que analizan. A continuación, se presentan cuatro modos de estructurar el análisis del derecho de daños. Solo el primero es específico del profesional del derecho.

1.1. IRAC: el punto de vista del jurista y la redacción de notas, informes, memoranda o dictámenes legales

IRAC es un acróstico:

a) *Issue*: ¿cuál es o cuáles son las cuestiones legales que plantean los hechos alegados y probados por las partes en el caso?
b) *Rules*: ¿cuáles son las reglas de derecho aplicables a los hechos del caso? En su caso: ¿cuál es la jurisprudencia?
c) *Analysis*: ¿cuáles son las razones, en derecho, de las partes, de cada una de ellas?
d) *Conclusion*: ¿qué concluiría el Juez o Tribunal en un caso como el presentado o qué habría de haber resuelto?

Para más información, véase http://www.csun.edu/~kkd61657/brief.pdf

Así:

A) Al inicio de un comentario, nota o informe, debe aparecer un encabezamiento adecuado al estándar propio de la organización en la cual trabaja el profesional y que, en todo caso, ha de ajustarse a las reglas o buenas prácticas de la jurisdicción relevante. Usualmente, el encabezamiento incluye una referencia al caso, a la fecha y a la cuestión legal principal sobre la cual versa el escrito. Además, e inexcusablemente, el encabezamiento ha de incluir el nombre y apellidos del autor o autores del análisis, la organización para la cual trabajan y, por supuesto, la fecha de conclusión del análisis mismo. Si hay distintas versiones, conviene distinguirlas por su fecha; y si hay varias de igual fecha, por su hora de finalización u otra convención que permita distinguir la última de las anteriores.

B) Sigue la referencia a la cuestión legal planteada. Pueden ser más de una, por supuesto, pero no es frecuente ni aconsejable tratar en un solo escrito de una docena de cuestiones; es más, si aparecen muchas cuestiones, es probable que el escrito esté mal planteado de buen principio: al inicio, conviene distinguir entre las cuestiones necesarias, las importantes, las urgentes, así como entre todas las anteriores y las secundarias para establecer enseguida prioridades claras.

En la práctica tradicional española, las conclusiones se incluyen al final del escrito. Sin embargo es aconsejable adelantar la conclusión capital a su inicio, pues ayuda al lector -le evita tener que

saltarse el cuerpo del informe para leer las conclusiones a su final- y manifiesta el compromiso del autor.
En escritos largos es común incluir, antes del cuerpo del escrito, un sumario -un índice- y un resumen ejecutivo (traducción de *executive summary*) en el cual se resume su contenido esencial. El resumen es más largo que los *abstracts* de los artículos académicos, pero siempre ha de ser lo más breve posible.

C) A continuación, hay que referir los hechos relevantes para analizar cuestión o cuestiones planteadas, siempre con indicación de su fuente (v. gr, los hechos probados, según la sentencia de instancia, o los relatados por el cliente, los extraídos de documentos o de afirmaciones de testigos, de atestados o expedientes administrativos, los resultantes de informes forenses o periciales, etc.). El profesional ha de dejar constancia de que la cuestión va a ser analizada de acuerdo con los hechos relatados y solo ellos. Y es muy aconsejable que el informe indique sus fuentes, la relación de hechos tenidos en cuenta para su elaboración.

En cuanto al orden de la narración, el más aconsejable es el cronológico: ha de haber una razón poderosa para describir los hechos de otro modo. Sin embargo, no es criticable comenzar con una referencia a la demanda y a la fecha de su presentación. En todo caso, es bueno distinguir entre los hechos materiales del caso y los procesales: el accidente y sus circunstancias, por un lado, y la demanda, su contestación, etc., por el otro.

En ningún caso hay que adelantar conclusiones con ocasión de la narración de los hechos.

D) Siguen las referencias a las reglas o principios de derecho aplicables a los hechos relatados, así como a la jurisprudencia. En las facultades de derecho españolas, no es inusual marginar las referencias a los fundamentos de derecho, pues, en ocasiones, los profesores centran su atención en doctrinas expuestas por otros profesores, en opiniones sobre la valoración del caso o en la propia opinión doctrinal de quien habla. Esta no es una buena práctica y conviene orillarla. Las referencias al derecho aplicable deben estar acompañadas por otra a la jurisdicción competente.

E) El análisis o discusión legal del caso es el centro de gravedad del escrito, el lugar donde el analista añade valor. En derecho civil, el analista doctrinal ha de conocer el derecho y dominar las reglas y sus convenciones interpretativas -la interpretación de la ley-. Formalmente, es aconsejable elaborar un plan de organización o esquema del análisis que se va a desarrollar, concebir una o más ideas rectoras para su contenido material -una o más, siempre las mismas, pero no muchas- y, a continuación, desarrollar el análisis en relación con cada uno de los puntos del plan o esquema. Un buen análisis requiere un buen esquema y este, normalmente, exige una división de la cuestión a analizar según los varios elementos del supuesto de hecho de la normativa aplicable. Si la discusión versa sobre la aplicabilidad de reglas de derecho distintas a los hechos del caso, es importante distinguir entre las dos o más hipótesis planteadas y saber poner de manifiesto las razones que militan a favor y en contra de cada una de ellas.

En general, pero muy particularmente en derecho de accidentes, importa que el análisis tenga en cuenta los puntos de vista de cada parte, de la demandante y de la demandada, y que lo haga siempre ordenadamente, de la misma manera. El buen analista no discute los hechos probados, mucho menos los niega, sino que juega con su calificación jurídica.

F) El escrito finaliza con las conclusiones que fluyen del análisis aplicado a los hechos del caso. En derecho de accidentes, las conclusiones mimetizan el fallo más probable de una sentencia que resolviera el caso, en el supuesto de que se hubiera presentado una demanda judicial. Han de ser, por tanto, muy precisas. No vale el *non liquet*: el jurista ha de adelantar la conclusión más probable en derecho y ha de evitar dejar perplejo al lector.

Un buen libro para aprender a escribir en derecho es el de Eugene Voloch, *Academic Legal Writing*, New York, Foundation Press, Fourth edition, 2010. Dos buenas página web son, una, *Legal Studies Master´s Degrees: 30 Free Legal Writing Resources* y, otra, *Adobe Legal Department Style Guide*. Los estudiantes de derecho de la Universitat Pompeu Fabra, interesados en redactar un trabajo de fin de grado (y algunos de sus directores) encontrarán en cualquiera de las referencias anteriores pautas útiles y ejemplos iluminantes. Habrán, con todo, de descontar la distancia entre el *Civil Law* y el *Common Law*. En España, es básico Santiago Muñoz Machado (Dir.), *Libro de estilo de la Justicia,* Espasa, Madrid, 2017.

1.2. Las fichas Dalloz y la cultura del *Droit Civil*

En Francia –el país que más ha influido en nuestra cultura desde el siglo XVIII hasta el último tercio del XX y uno de los dos que más lo está haciendo en la Unión Europea- a sus estudiantes de derecho les resulta muy útil consultar las guías y fichas metodológicas editadas por Dalloz. Ofrecen métodos de trabajo esenciales para escribir discursos, comentarios de jurisprudencia, comentarios de textos o casos prácticos. Pueden consultarse en http://fiches.dalloz-etudiant.fr/.

1.3. *"Ex ante" y "ex post"*. Lecciones para el futuro: el punto de vista del ingeniero

Un análisis legal sobre el derecho aplicable a un caso ya acaecido se proyecta necesariamente sobre el pasado. El jurista ha de tener en cuenta el sesgo de la retrospección (*hindsight bias*): *después* de que un hecho haya tenido lugar, tendemos a creer que la probabilidad de su ocurrencia es mayor de lo que razonablemente habríamos estimado *antes* de que sucediera ("A toro pasado, todo el mundo es buen torero"). Y ello ha de ser así porque es comúnmente aceptado que si las reglas de derecho son una guía de nuestras acciones, de nuestra conducta, entonces hay que entenderlas del mismo modo que un observador razonable, situado en la posición de la persona del demandado, las habría interpretado antes de que los hechos que desencadenarán su aplicación tengan lugar (*ex ante*) y no después (*ex post*). Véase Ian Ayres, *Ex Ante vs. Ex Post*, en Youtube.

Así, en las acciones de responsabilidad médica no es procedente poner en cuestión el diagnóstico inicial de un paciente o la adecuación de su tratamiento médico si el reproche se realiza exclusivamente sobre la base de la evolución posterior y desfavorable del enfermo, porque con ello se infringe la prohibición de regreso que imponen las pautas usuales del razonamiento práctico (STS, 3ª, 22 de noviembre de 2013 o SAP, Madrid, Sala civil, 31 de marzo de 2016).

En línea de principio hay que distinguir entre las respuestas a las preguntas: "¿Qué podríamos haber hecho?", y "¿Qué podremos hacer desde ahora, cuando ya sabemos qué ha ocurrido, para mejorar en el futuro?". Mas como el sesgo de la retrospección es muy difícil de evitar, el analista ha de tener en cuenta las lecciones de la historia, es decir, aquello que hemos aprendido del

accidente que nos ocupa y desde que ocurrió, así como aquello que podremos hacer para evitar su repetición o para minimizar sus efectos perjudiciales en el futuro. A este último respecto, una buena guía es la siguiente:

a) Observaciones a la luz del accidente.
b) Cuestiones clave.
c) Posibles acciones correctivas.
d) Posibles mejoras de diseño en el futuro.

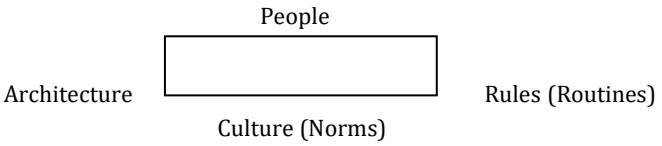
J. BUONGIORNO, R. BALLINGER, M. DRISCOLL, B. FORGET, C. FORSBERG, M. GOLAY, M. KAZIMI, N. TODREAS y J. YANCH, *Technical Lessons Learned from the Fukushima-Daichii Accident and Possible Corrective Actions for the Nuclear Industry: An Initial Evaluation*, Nuclear Science & Engineering, Massachusetts Institute of Technology, Canes Publications, 2011, http://web.mit.edu/nse/pdf/news/2011/Fukushima_Lessons_Learned_MIT-NSP-025.pdf

El anterior es el punto de vista del ingeniero, pero no, cabe insistir, el del jurista. Y además, en derecho español no rige la regla --propia de culturas muy avanzadas tecnológica y económicamente, en las cuales la distinción entre los puntos de vista *ex ante* y *ex post* es capital-- en cuya virtud no es admisible como prueba en un proceso judicial sobre un caso de presunta negligencia la proposición de pruebas sobre las medidas de corrección subsiguientes al accidente adoptadas por el demandado. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de caídas de personas en las vías públicas por irregularidades, desniveles, o mal estado de la vía que no alcanzan la entidad suficiente para generar un riesgo intolerable socialmente: las obras posteriores de pavimentación o mejora de la zona controvertida por parte de la Administración competente no comportan necesariamente que el funcionamiento del servicio público fuera anormal o negligente antes de proceder a la aplicación de la medida correctora. Y es que, de hecho, si se permitiera universal e indiscriminadamente tal proposición de prueba, se estaría generando un incentivo perverso a no mejorar las cosas.

1.4. PARC. El marco del discurso legal y la aplicación efectiva de las reglas de derecho: el punto de vista del científico social

Un discurso legal realmente fecundo requiere más cosas que la identificación de las reglas de derecho aplicables al caso: el acróstico *"PARC"* da razón de cómo y por qué unas mismas reglas se aplican de modo distinto en situaciones diferentes.

En primer lugar, el jurista ha de tener en cuenta a las personas ("*People*") involucradas por activa y por pasiva en la aplicación del derecho; luego, ha de hacer lo propio con la infraestructura física y organizativa sobre las cuales las reglas en cuestión se proyectan (*"Architecture")*; y, en tercer lugar, las reglas de derecho se aplican siempre junto con sistemas más o menos difusos o formalizados de normas morales, de convenciones culturales (*"Norms"*), que, según los casos y circunstancias, potencian o amortiguan el alcance y eficacia de las reglas legales.



Un ejemplo de lo anterior es la política regulatoria en material de seguridad vial denominada *Vision Zero*. Se originó en Suecia en 1997 y propone conseguir eliminar los fallecimientos y lesiones graves causadas en los accidentes de circulación, pues asume que hay errores del conductor que se van a producir en todo caso, por ser inherentes a su condición humana –inevitables- y que, por tanto, para reducir sus consecuencias dañosas, es necesario diseñar, construir y mantener infraestructuras y vehículos cada vez más seguros y más adaptados a la falibilidad de la condición humana, en lugar de tartar de forzar a los usuarios a un estadio de cosas dado algo o muy peligroso. Sobre el tema, véase Sonia Ramos *et alii*, "Accidentes cero. Incidencia en derecho de daños de políticas regulatorias de eliminación de accidentes de circulación mortales y muy graves", *InDret*, 2.2018.

1.5. La redacción legal. El punto de vista del escritor legal

La redacción legal requiere, pues, tomar en consideración muchas circunstancias y hacerlo en un tiempo limitado: el discurso del estudiante que prepara un examen, el del abogado que defiende un caso, el del juez que ha de resolverlo están condicionados, de entrada, por el tiempo disponible, siempre escaso. Al respecto y ante la presentación de un caso cuyo análisis hay que abordar inmediatamente a continuación, un criterio acaso razonable de distribución del tiempo puede ser el de las cinco admoniciones que conforman la regla de las cinco es (Pablo Salvador Coderch (1985)):

- *Escucha.* Mucha gente no atiende, sino que, como mucho, espera, ansiosa, su turno para hablar.

- *Estudia.* Ni el mejor redactor legal está solo en el mundo -únicamente lo está ante la pantalla del dispositivo electrónico que está usando. Si el texto que vas a redactar es un examen escrito, las dos primeras es pueden reducirse a una: antes de arrancar a escribir, asegúrate de que has leído y entendido bien las preguntas del examen.

- *Esquematiza.* Construye un esquema de tu discurso y hazlo por escrito. Un buen esquema es siempre un buen esquema gráfico. Antes o para elaborarlo, SEAL es una guía útil: ¿cuál es la Situación?, ¿cuáles las Entidades afectadas?, ¿qué Acciones o Actuaciones se piden o se pueden evitar?, y ¿a qué Limitaciones (reglas) están sujetas las acciones?

- *Escribe.* Al final, las palabras son el arma principal del abogado --y del juez--. Un buen test para un Estado de derecho es calificar de 0 a 10 el grado de coherencia entre las palabras del juez y las razones auténticas de su decisión.

  Dos buenos libros para aprender a escribir (también en derecho): Terrill POLLMAN, Judith M. STINSON, Jr., Elisabeth POLLMAN, *Legal Writing: Examples and Explanations*, 2nd ed., Wolters Kluwer, New York, 2014; Steven PINKER, *The Sense of Style: The Thinking Person's Guide to Writing in the 21st Century*, Penguin, New York, 2014, Reprint edition 2015.

- *Edita.* Dedica por lo menos una cuarta parte del tiempo de que dispones a editar el texto que acabas de redactar. Hay algunas buenas maneras de editar un texto: una, que no siempre es posible, es hacerlo editar por otra persona mayor o más joven que tú; otra, que lo hagas tú al

día siguiente de haber redactado el primer borrador. Si, por fin, has de editar en seguida tu propio texto, concédete una pausa, por breve que sea, antes de empezar.

En cualquier caso, editar es siempre encoger el texto: córtalo sin piedad ni consideración alguna, pues suelen ser demasiado largos, se repiten. "repetirse", en la frase anterior, reitera la idea de "ser demasiado largo", que podría no estar.

Las cinco reglas anteriores, las cinco es, ayudan a evitar incurrir en muchos errores. Hay una sexta que es solo para profesionales de verdad, para gente que ama la obra bien hecha más allá de aquello que le van a dar por ella o del mérito que le van a reconocer por haberla creado:

- *¡Empieza de nuevo!*

¿Quién, tras volver a escribir de cabo a rabo el texto que había borrado sin querer de su dispositivo electrónico, no ha experimentado nunca la sensación de que el nuevo discurso es más claro y sencillo que el original?

En cuanto al contenido específicamente retórico de tu discurso, la organización tríadica es clásica, pues permite exponer y defender tres ideas o reiterar una fundándola en tres razones distintas. Más de tres -sean ideas o razones- resulta arriesgado, pues casi nadie es capaz de recordar un discurso basado en cinco, seis o siete principios (prueba: defiendan los lectores una causa durante diez minutos y, al cabo, pidan a sus oyentes que resuman la intervención).

Siguen ejemplos de discursos clásicos, retóricamente logrados, todos ellos accesibles en la red: Emmeline Parkhurst, *Freedom or Death* (1913), o Virginia Wolf, *A Room of One's Own* se adelantaron a su época. Steve Jobs, *How to Live Before You Die*, en Stanford (2005), cuya estructura es claramente triádica, pero que muestra bien a las clara que si consigues concebir y formular una buena y única idea, el resultado puede ser histórico. Un ejemplo similar, patinado por la historia, es la alocución, conocida como *"I have a dream",* de Martin Luther King, pronunciada en 1963, paradigma de un discurso centrado en un tema único, la igualdad racial. Luego, para un profesor veterano y, sobre todo, para un alumno listo, el *How schools kill creativity* de Ken Robinson es una de las admoniciones de referencia.

Los lectores interesados en hacerse con una buena formación para abogar por las causas en las que crean harán bien en acudir con cierta frecuencia a *TED Ideas worth spreading*. Una página útil es *Most Inspiring Commencement/Graduation Speeches.* Mis preferidos son los de Sheryl Sandberg, Donovan Livingston y Steven Spielberg, pero, afortunadamente, muchos de mis lectores tendrán otras preferencias. Al final de *Dunkirk*, de Christopher Nolan se incluye un fragmento del probablemente mejor discurso de la Segunda Guerra Mundial. Otra buena selección es "Top 10 Graduation Speeches of All Time" (en: www.medium.com, *A Medium Corporation*). Entre los discursos en español mejor valorados están el de Pepe Mújica en Río+20 en 2012 y el de Antonio Banderas en la Gala de los Goya en 2015 (en: www.teinteresa.com).

De nuevo, hay un sesgo anglosajón en los ejemplos citados. Una ventaja de su cultura, sobre todo de sus políticos, es la tradición parlamentaria británica según la cual, en Westminster los diputados no leen: parlamentan, esto es, hablan. Un europeo continental jugaría con la profundidad histórica y añadiría la Apología de Sócrates (393 aC). Un hispanohablante nunca olvidaría el ya mencionado discurso de Pepe Mújica en Río de Janeiro, en 2012. Un catalanohablante, el de Pau Casals en la ONU, en 1971 ("I'm Catalan I love freedom", aunque el músico lo pronunció en inglés), o el del general Juan Prim en el Congreso, en 1851 (en español). Otros buenos discursos son el de Julio Anguita, en 2012; o el de David Fernàndez en el Parlament de Catalunya, en 2012 (aunque era leído), o el de Gloria Álvarez, sobre el populismo, en Zaragoza, 2014. Luego están quienes jamás defraudan: cualquier intervención -absolutamente cualquiera- de Angela Merkel o de Oprah Winfrey. De nuevo, los

lectores listos mejorarán enseguida la selección anterior. De eso se trata: no duden en hacernos llegar sus propuestas.

2. La transversalidad del derecho de daños.

2.1. Responsabilidad civil y responsabilidad civil derivada de delitos penales

Cuando se habla de responsabilidad civil de alguien, es decir, de la posible obligación de indemnizar puesta a cargo de quien ha causado un daño a otro, la primera intuición legal es que sobre la cuestión resolverá un tribunal civil, de acuerdo con las reglas, materiales y procesales, civiles.

No es así, pues el derecho de la responsabilidad civil es transversal, multijurisdiccional: sobre un mismo daño pueden conocer varias jurisdicciones en función del sujeto que lo causó, o de las circunstancias que rodearon su causación. Por ejemplo, si después un accidente de circulación con resultado de daños físicos para el conductor de vehículo y sus ocupantes, las víctimas pretenden fundamentar la acción indemnizatoria en el diseño defectuoso de la rotonda por la cual circulaban en el momento del accidente, deberán dirigir su demanda contra la Administración pública titular de la vía y habrán de hacerlo en el orden contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ). Si, en cambio, pueden acreditar que el accidente se produjo por la infracción de las normas de circulación por parte de un conductor de otro vehículo, deberán dirigir la reclamación contra el mismo ante el orden civil o penal (arts. 9.2 y 3 LOPJ).

En efecto, una característica singular del derecho español, comparada con otros ordenamientos jurídicos, es que la cuestión sobre la posible responsabilidad civil derivada de accidentes mortales o que causan lesiones corporales es resuelta habitualmente por tribunales penales, los cuales deciden sobre la responsabilidad propiamente penal por delito y sobre la específicamente civil derivada de la anterior, salvo que el dañado o perjudicado la renunciase expresamente a la acción civil o la reservase también expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal (arts. 108 y 112 LECr).

El art. 115 LECr establece que "la acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil". En estos casos, el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada de delito del causante y de sus herederos corresponde al juez civil, quien puede valorar libremente los hechos reflejados en la sentencia penal (STS, 1ª, 341/2017, de 31 de mayo).

Si el tribunal penal archiva el caso o resuelve que no hay delito, normalmente queda abierta a las víctimas, o a sus allegados, la posibilidad de iniciar un nuevo pleito y acudir a la jurisdicción civil, en busca de un remedio indemnizatorio por los daños causados (art. 116 LECr). La jurisprudencia se ha pronunciado sobre las relaciones entre la sentencia penal absolutoria y el proceso civil ulterior, resumidas en la STS, 1ª, 84/2020, de 6 de febrero, MP: José Luis Seoane Spiegelberg - que confirma la responsabilidad civil médica de los demandados por no haber investigado la existencia de una grave enfermedad hereditaria en un recién nacido, cuando los facultativos demandados conocían que el padre había padecido la misma enfermedad en su infancia y el

recién nacido presentó una serie de síntomas que ponían de manifiesto una situación de gravedad-:

"La regla general es que la sentencia penal absolutoria no produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho objeto del proceso (…) Fuera de los casos señalados (…) las distintas reglas, por las que se rigen la responsabilidad criminal y la civil, traen consigo que la valoración probatoria llevada a cabo en el previo proceso penal no vincule al juez civil, que puede [obtener] conclusiones distintas sobre los mismos hechos (…) No obstante, la jurisprudencia atribuye a la sentencia penal (…) el efecto de conformar un medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados a valorar en unión de los demás elementos de convicción aportados al proceso civil posterior (…) en una valoración conjunta de la prueba practicada, lo que implica que el juez civil no queda encorsetado por la apreciación probatoria llevada a efecto por el juez penal, sino que es libre para obtener sus propias conclusiones fácticas de forma lógica y racional".

Esta singularidad del derecho español ha generado discusiones sin cuento entre quienes, por una parte, consideran que la atracción de las cuestiones de pura responsabilidad civil por la jurisdicción penal es una solución práctica que permite resolver en un solo litigio penal los temas civiles y penales, y quienes, por la otra, opinan que ventilar en un juicio penal los intereses puramente civiles, además de los penales, distorsiona el derecho civil y el derecho penal mismo –privatiza el derecho y proceso penales-- o que, en el caso de que haya que volver a litigar porque el tribunal penal descarte la existencia de una infracción penal, los pleitos se eternizan. De ello trataremos en varias de las sesiones de este curso. Baste ahora con indicar que, para bien o para mal, este rasgo del derecho español caracteriza todo su derecho de daños.

2.2. Material complementario: atropello múltiple en la estación de ferrocarril de Castelldefels, Barcelona (23.6.2010)

El 23.6.2010, a las 23:23 horas (vigilia de San Juan), en la estación de trenes de Rodalies (Cercanías) RENFE de Castelldefels Platja (Castelldefels, Barcelona), un convoy arrolló a un grupo numeroso de personas que, en aquellos momentos estaban cruzando las vías del ferrocarril; 12 personas fallecieron y 17 resultaron heridas de diversa consideración.

Las víctimas, viajeros de un tren de Cercanías que había llegado a la estación poco antes de que lo hiciera el convoy de media distancia que las arrollaría, habían salido de sus vagones cerca de un paso subterráneo habilitado para pasar al otro lado del andén, pero se habían dirigido a una pasarela superior, más próxima a ellos, una antigua salida de la estación, que estaba inhabilitada. Entonces algunos viajeros, en lugar de volver sobre sus pasos y cruzar por el paso subterráneo, resolvieron fatalmente saltar a las vías para cruzarlas y acceder a la playa.

Sigue una grabación extraída de un informativo que dio la noticia poco después del accidente: http://www.youtube.com/watch?v=_HSmGph9zrA

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14.5.2013

Como consecuencia del accidente, se iniciaron diligencias penales. El 30.6.2010, el Juez entonces encargado de la instrucción del caso dictó un auto por el que se acordó el sobreseimiento libre de

las diligencias previas. Las acusaciones particulares interpusieron recurso de reforma y apelación contra dicho auto. Un auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10.1.2011, estimó el recurso, revocó el auto recurrido y ordenó la continuación de la instrucción a fin de practicar más diligencias. Las acusaciones particulares presentaron escrito en el que interesaban la imputación de las personas que ocupaban diversos cargos directivos en RENFE y ADIF en la fecha del accidente por 12 presuntos delitos o faltas de homicidio imprudente, así como por 17 delitos o faltas de lesiones imprudentes, a título de comisión por omisión. El Ministerio Fiscal, ADIF y RENFE se opusieron a lo interesado y presentaron escritos de alegación.

El AJPII nº1 Gavà, de 30.5.2012, acordó el sobreseimiento provisional de las diligencias previas (art. 641.1 LECrim) por "no darse (…) los requisitos que los tipos imprudentes exigen para apreciar su existencia" (FD 2.8), puesto que "[d]el análisis de las actuaciones obrantes en autos no resulta la existencia de incumplimiento sustancial de la reglamentación y de las normas de cuidado a observar en el ámbito del tráfico ferroviario que permita afirmar la existencia de omisión de un deber de cuidado punible en la esfera penal" (FD 2.1).

En concreto, la Juez consideró probado que:

a) "[E]l estado de mantenimiento técnico del tren (…) implicado en el siniestro [era] adecuado" (FD 2.2).

b) "[E]l maquinista (…) cumplió en su conducción con todas las exigencias normativas al respecto" (circulación dentro de los límites de velocidad, llevaba encendidas las luces reglamentarias al momento de entrar en la estación, instante en que también accionó el claxon, y el resultado de las pruebas de alcoholemia resultó negativo) (FD 2.2).

c) [E]l apeadero de Castelldefels cumplía "los requisitos de seguridad y accesibilidad exigidos normativamente" (en concreto, había sido reformado en 2009 para adaptarse a las exigencias del RD 1544/2007, de manera que el cruce de pasajeros de un andén al otro mediante una pasarela superior fue sustituido por un paso subterráneo) (FD 2.3). Y,

d) "[L]as condiciones que en particular presentaba el apeadero en el momento de los hechos" eran igualmente adecuadas (iluminación suficiente, paso subterráneo accesible, "sin ningún obstáculo", y –extraordinariamente, por la mayor afluencia de personas en el apeadero con motivo de la noche de San Juan– tornos de salida de la estación abiertos, así como también los portones situados al lado de dichos tornos) (FD 2.3).

Finalmente, la Juez del caso afirmó: "[N]o era previsible (…) que los pasajeros del tren de cercanías, incurriendo en una notoria negligencia y prescindiendo de las más elementales normas de cuidado, incumpliendo con lo previsto en la normativa aplicable, decidieran, sin buscar el paso habilitado al efecto [ya que "desde que el tren de cercanías abandonó la estación hasta que se produjo la entrada en el mismo del tren causante del siniestro transcurrieron únicamente 15 segundos"], pasar al otro andén cruzando directamente las vías, sin prever que por las mismas se podría acercar otro tren (…)" (FD 2.6). "Siendo tal decisión de todo punto imprevisible", sus efectos "no [son] imputable[s] a las personas respecto de las cuales se pretende su imputación por las acusaciones particulares" (FD 2.7).

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14.5.2013 revocó el auto anterior al considerar que los peritos que fueron escuchados en sede policial deberían ratificar sus manifestaciones en

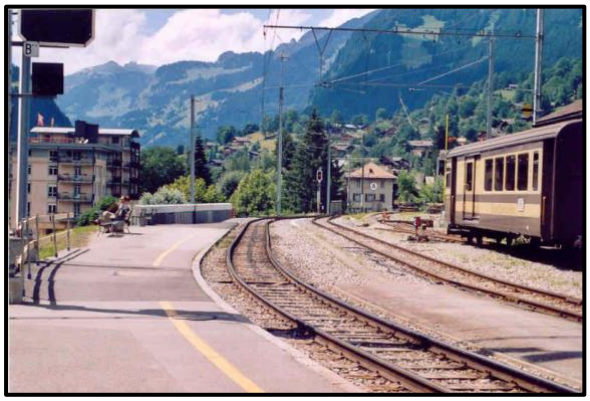
presencia de las partes ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavá. Sin embargo, en contra del *petitum* de los recurrentes, la AP Barcelona no ordenó practicar nuevas diligencias sobre el accidente ferroviario.

Posteriormente, un auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavá, de octubre de 2014, archivó de manera definitiva la causa penal, pero dejó abierta la reclamación civil o administrativa:

"La ausencia de medidas específicas ante la multitud que se apeó en el andén, unida a la confusión que se produjo por el hecho de que muchos pasajeros creyeran, erróneamente, que debían salir por el paso superior que había sido cerrado hace unos meses cuando se habilitó el nuevo paso subterráneo, (...) así como la falta de personal que indicara la salida por el paso subterráneo en esas circunstancias, es una omisión que puede merecer un reproche desde un punto de vista civil o administrativo, ante la falta de previsión de la aglomeración que se generó" (Fuente: El Periódico, 21 junio de 2015).

A continuación, se reproducen tres fotografías de la estación de Castelldefells Playa, donde ocurrió el accidente y otras tres de dos estaciones de ferrocarril suizas, Grindelwald e Interlaken-Ost. En las estaciones secundarias de la Confederación Helvética es frecuente que no haya ni pasos elevados ni subterráneos: los pasajeros esperan a que el empleado del ferrocarril que viaja con ellos en cada tren les indique el momento apropiado para cruzar los andenes.

Estación ferroviaria de Castelldefels



Der Bahnhof Grindelwald

Der Bahnhof Interlaken-Ost

El contraste entre España y Suiza sugiere una reflexión sobre los comportamientos apropiados en derecho: en ambos países, la gente, las infraestructuras (la arquitectura) y las normas (la cultura) son distintas y, por lo tanto, las reglas de derecho más apropiadas para evitar accidentes, reducir su número y disminuir su gravedad pueden analizarse habida cuenta de su interacción con aquellas.

La modificación de las reglas de derecho o de su interpretación razonablemente posible puede producir cambios en la arquitectura o infraestructura, en el sistema de normas culturales o en el comportamiento de las gentes, o pueden hacer en distinta medida en cada caso.

La decisión infraestructural sobre qué efecto es preferible –estaciones como la española o como las suizas, por ejemplo- no es autoevidente. Así, un factor muy relevante puede ser la velocidad del convoy de largo recorrido que circula por vías que cuentan con estaciones secundarias a más de cien km/h y que, por lo tanto, no puede detenerse si una persona invade indebidamente la vía del tren.

En todo caso, la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 5, Goya, 14, de 17 de octubre de 2019 (Magistrada Emilia Peraila Martínez), procedimiento ordinario 18/18 sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, recurrentes Dña. Elena Serrano Verón y otros contra Resoluciones del Consejo de Administración de Administración de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de 29 de enero de 2018 resolvió en contra de la reclamación de las víctimas, sucesores y allegados:

"[E]l luctuoso accidente se debió a la conducta imprudente de los fallecidos y lesionada, al cruzar las vías por lugar prohibido.

Ninguna justificación existe, a juicio de quiene resuelve, para que, por parte de numerosas personas, se tomara la decisión de atravesar las vías a finde acceder a la salida...

… A juicio de quien resuelve, la impaciencia y quizás el haberse dejado llevar por las voces que decían que la única salida era cruzar las vías, fue los que ocasionó el luctuoso accidente. A nadie más que a las víctimas, puede imputarse la causa y responsabilidad del siniestro" (Fundamento de derecho 5º).

Al final, los casos de responsabilidad extracontractual giran en torno a una apreciación de la naturaleza debida o indebida de las conductas relevantes: ¿a quiénes se han de imputar las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento de deberes de precaución y prevención de los accidentes?

Dos casos más:

- El 23 de noviembre de 2012, un hombre de 67 años de edad, que atravesaba las vías del ferrocarril en la estación de Salou, Tarragona, por un paso a nivel que tenía las barreras bajadas, fue arrollado por un tren Euromed que circulaba a 140 km. hora y que no tenía parada en aquella estación. Puede muy bien pensarse que la infraestructura era deficiente. También que el peligro era manifiesto y que la manera más sencilla de evitarlo era abstenerse de cruzar la vía cuando las barreras estaban bajadas.

- La madrugada del sábado 24 de agosto de 2013, una joven de 16 años fue arrollada por un tren de mercancías a su paso por Ascó, Tarragona. Murió en el acto. Las vías del ferrocarril (línea Reus-Zaragoza) se encontraban junto a la plaza donde se desarrolló el festival de música, pintura y agua al que asistía la fallecida durante la fiesta mayor de la población. El Ayuntamiento había instalado un frente de vallas metálicas para impedir el acceso a las vías, aunque aquella noche muchos jóvenes las cruzaron, presumiblemente para ahorrarse tener que ir a los servicios instalados en el otro extremo de la plaza que acogía el concierto.

STS, 1ª, 44/2010, de 18 de febrero, MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

El 19 de marzo de 1994, dos menores, de 15 y 16 años de edad, circulaban en un ciclomotor de una sola plaza. Su conductor, quien carecía de permiso de conducir, cruzó la vía del tren por un paso a nivel sin barreras ni semáforos en A Rúa, Padrón, A Coruña, y un tren arrolló a ambos muchachos matándoles en el acto. A un lado del paso había una señal descolorida de paso a nivel. Al otro, un poste de unos dos metros de altura con señales de atención al tren. En ninguno había señal, preceptiva, de stop. Los dos menores eran vecinos del lugar y conocían el paso a nivel. En el momento del accidente el tren circulaba a 98 km/hora, la velocidad máxima permitida era de 100 km/hora y el convoy era visible, aproximadamente, a un kilómetro de distancia del lugar del accidente en línea recta. A unos 600 m. de distancia del paso a nivel existía la señal reglamentaria que ordena "silbar".

Los padres y el hermano, respectivamente, de los dos fallecidos interpusieron sendas demandas contra Renfe y el maquinista del tren. Los padres y hermano de una de las víctimas solicitaron que:

"[S]e declar[ara] la obligación de [Renfe] de dotar al paso a nivel e inmediaciones(…) de las medidas de seguridad, protección y advertencia a los usuarios(…), necesarias para evitar riesgos en las personas y en las cosas, atendiendo a las circunstancias de la zona y en particular el cercamiento de la vía al paso por la población y dotación de barreras o mecanismos de obligada detención de vehículos y personas (…)".

Y se conden[ara] a los demandados a pagar 90.361,45 euros a cada uno de los padres del fallecido y 60.240,96 euros al hermano, así como 553,48 euros por gastos funerarios. Los padres y el hermano de la otra víctima solicitaron una indemnización de 132.530,12 euros por el fallecimiento del menor, de 90.361,45 euros por daño moral y de 1.826,55 euros por gastos funerarios.

El JPI estimó sustancialmente la primera demanda: condenó a Renfe a "dotar el paso a nivel e inmediaciones sito en A Rua de las medidas de seguridad, protección y advertencia que sean necesarias para salvaguardar la seguridad de las personas" y condenó a ambos demandados a pagar, en concepto de daño moral, 144.821,15 euros a los padres, 18.807,93 euros al hermano, ambas cantidades en concepto de daño moral, así como la cuantía reclamada por gastos funerarios. Asimismo, el JPI estimó sustancialmente la segunda demanda y condenó a ambos demandados a pagar las mismas cantidades en concepto de daño moral y la cuantía reclamada por gastos funerarios.

La Audiencia Provincial (AP) de A Coruña estimó el recurso de apelación de Renfe, revocó la SJPI y desestimó ambas demandas. Extractamos los fundamentos de su resolución (e introducimos algunos cambios en la puntuación para separar los párrafos):

"[L]a causa del accidente fue el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren; descuido relativamente explicable por la edad juvenil, pero no por ello prescindible e intrascendente cuando de la aplicación del Derecho se trata.

Pero ha sido objeto también de debate otra interesante cuestión: si existe responsabilidad de Renfe por no haber abordado ya la supresión de ese concreto paso a nivel, o, al menos, su reordenación para dotarlo de mejores medios de seguridad, como barreras o semibarreras. Es claro que la actual red viaria, con la existencia de pasos a nivel para cruzar la línea férrea, deriva de razones que en tiempos pretéritos los hicieron necesarios; sin que creasen tan elevado riesgo como en la actualidad, al haber aumentado tanto la circulación de vehículos a motor que se ven obligados a cruzar por ellos. Pero en los tiempos presentes, con medios técnicos muy superiores, se ha impuesto la política conducente a la eliminación de tan peligrosos obstáculos viarios, que por unas u otras razones se han cobrado muchas vidas, como en el caso que nos ocupa.

Responde a tal criterio el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (Real Decreto 1211/90, de 28 setiembre), que en su artículo 235 contempla tanto lo relativo a nuevos pasos a nivel, que solo permite con carácter excepcional y por causas absolutamente justificadas, como la supresión de los actuales o en otro caso, para los subsistentes, la adopción de sistemas de seguridad y señalización más eficaces.

Pero es de advertir que el accidente ocurrió el 19 de marzo de 1994, y que por ello el texto vigente era la primera redacción del artículo 235. A tenor de ella, en su apartado 4, "Los pasos a nivel que resulten subsistentes deberán contar con los sistemas de seguridad y señalización adecuados para garantizar su seguridad que, a tal efecto, se determinen por los Ministerios de Obras Públicas y Urbanismo y de Transportes, Turismo y Comunicaciones".

Pues bien, estos sistemas de seguridad no se determinaron ministerialmente hasta la Orden de 1 de diciembre de 1994 (BOE de 14 del mismo mes), varios meses después de haber ocurrido el accidente objeto de este litigio. En ella se disponen las medidas de seguridad correspondientes a un paso a nivel como el de esta *litis*, que se califica de clase A, en el que ha de procederse a la instalación de la señalización que allí se hace constar (artículos 8 y 9).

No cabría, pues, imputar a RENFE un retraso o dejadez en la aplicación de medidas de seguridad que se anunciaban en el Decreto de 1990, con remisión a lo que dispusiesen los Ministerios competentes, y que no se concretaron hasta después de ocurrido el accidente. Pero ha de tenerse muy en cuenta respecto a las medidas de señalización a instalar en la carretera o camino, que la norma, que se remite a las del Reglamento General de Circulación ya aludidas, al igual que éste, responsabiliza de aquéllas al titular de tales vías (disposición adicional sexta). [E]s lo que ya establecía la Orden de 8 de mayo de 1982, vigente cuando el desdichado accidente ocurrió (...) A RENFE solo correspondía entonces y ahora la señalización establecida para la vía férrea" (FD. 4º).

Los actores de la primera demanda interpusieron recurso de casación que el TS desestimó:

"La "defectuosa señalización" del paso a nivel, admitida por la AP, no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad, sino que, en expresión de la sentencia recurrida, la causa del accidente estuvo en "el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren" (FD. 3º).

En *"Trenes"* (InDret 1/2000, www.indret.com), un artículo publicado en el año 2000, Carlos Gómez Ligüerre y Pablo Salvador Coderch analizaron la jurisprudencia española de la época sobre responsabilidad civil por accidentes ferroviarios en pasos a nivel y a la luz de la experiencia histórica norteamericana, es decir, a la de una cultura industrial más antigua y más avanzada tecnológicamente que la española. En el artículo, se rememoraba el intento lúcido, brillante y finalmente fallido, de William Wendell Holmes, Jr., un magistrado legendario, de establecer una única regla para resolver todos los casos de arrollamiento en pasos a nivel sin barreras. A principios del siglo XX, Holmes propuso que, ante un paso a nivel, los conductores de automóviles habían de detener sus vehículos, salir de ellos, mirar a uno y a otro lado de las vías y escuchar si se acercaba algún tren (*"Stop, look and listen"*). De no haber adoptado tales precauciones, opinaba, las víctimas o sus sucesores no podrían reclamar nada por el accidente sufrido. La historia, contada en *Trenes*, enseña que la regla duró pocos años y que, al cabo, los tribunales norteamericanos hubieron de recurrir a criterios mucho más matizados y apegados a las circunstancias de cada caso. Probablemente, lo mismo habrá sucedido con las propuestas sobre precauciones exigibles que Gómez y Salvador formularon en el año 2000 en su artículo: los principios *(standards)* de responsabilidad civil cambian con el tiempo, pues este solo respeta aquello que ha creado.

3. Fuentes primarias y secundarias (*Primary and Secondary Sources)*

En responsabilidad civil, la ley –desarrollada por los reglamentos- y la jurisprudencia establecen los casos y circunstancias en los cuales el demandado habrá de ser condenado civilmente a reparar los daños derivados de un suceso o acontecimiento dañoso que no debería haber ocurrido, que ha causado el demandado mismo y que el derecho establece que ha de ser puesto a su cargo.

Es muy difícil ofrecer una definición de la responsabilidad civil que sea, a la vez, omnicomprensiva, operativa y fecunda.

Véanse las dos siguientes, tomadas, respectivamente, de un libro clásico español y de otro norteamericano:

"Responsabilidad civil es imputación (…) La responsabilidad civil por daños extracontractuales [refiere a] los presupuestos, condiciones, y circunstancias por las que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelable como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación" (Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2002).

"A tort is a conduct that amounts to a legal wrong and that causes harm for which courts will impose civil liability" (Dan DOBBS, *The Law of Torts,* West, 2000).

3.1. Legislación *(Statutes)*

Muchas disposiciones del derecho español (civil, penal, administrativo y laboral) establecen supuestos de responsabilidad civil o, más generalmente, de responsabilidad extracontractual. Las principales están en los artículos de los textos legales que se citan a continuación:

- 1902-1910 del Código Civil de 1889.

- 109-125 del Código Penal de 1995.

- 32-37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, véase D.F. 18ª-.

- 42 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

- 128 y ss. RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

- 168.3 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Algunas observaciones preliminares:

En primer lugar y como ya hemos señalado, algunas de las disposiciones citadas se encuentran en leyes civiles que son aplicadas por tribunales civiles; otras están residenciadas en leyes penales y son aplicadas por tribunales también penales; unas terceras son administrativas y su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa; por fin, algunas son laborales y los casos que plantean son competencia de la jurisdicción social. La primera característica procesal de la responsabilidad civil es, pues, su naturaleza multijurisdiccional.

En segundo lugar, buena parte de las disposiciones citadas son principios (*standards*), no reglas (*rules*) de derecho. Sobre la distinción entre ambos, véase Ward FARNSWORTH, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking About the Law*, The University of Chicago Press, 2007, pp. 163-171: para aplicar una regla, basta con conocer los hechos que describe su supuesto de hecho. En cambio, la apreciación de un principio exige siempre la formulación de un juicio de valor. Así, por ejemplo, conducir un automóvil a más de sesenta kilómetros por hora es una simple cuestión de hecho; conducir negligentemente es, además, una cuestión valorativa, normativa. La primera circunstancia puede integrar una regla; la segunda, un principio.

En tercer lugar, hoy en día, la ley y los reglamentos, el derecho legislado y regulatorio, ocupan un lugar creciente en la prevención de los accidentes y en la resolución de los conflictos a que su ocurrencia da lugar. Aquí es importante destacar las diferencias básicas entre el derecho regulatorio de los accidentes, establecido por el Parlamento, por el gobierno o por la agencia reguladora con potestad reglamentaria, por una parte, y el derecho de daños creado y desarrollado por los tribunales, por la otra, el *case law*:

- El derecho regulatorio mira al futuro, se establece *ex ante*. En cambio, el derecho judicial de daños mira al pasado, se decide *ex post*.

- El derecho regulatorio suele ser detallado –y cada vez lo es más. Es un conjunto de reglas, no de principios o no solo de ellos. En cambio, la mayor parte del derecho de daños parte de principios o estándares que los tribunales concretan de modo mucho más fluido y, muchas veces, de modo intersticial.

Entonces y en cuarto lugar, una pregunta capital del moderno derecho de daños es si la regulación detallada de un sector de actividad cierra o clausura el sistema de modo tal que excluya toda pretensión adicional por derecho de daños o si, por el contrario, el demandante puede ejercitar una pretensión de responsabilidad civil además de los remedios previstos por la regulación específica del caso: es el tema de la "*preemption*", de la cuestión de si el derecho regulatorio cierra o no el paso a ulteriores reclamaciones por responsabilidad civil.

Un ejemplo: ¿cierra la regulación vigente en España sobre la disolución del matrimonio y sus consecuencias la posibilidad de que uno de los cónyuges ejercite una pretensión de responsabilidad civil contra el otro y en cuyo fundamento alegue los daños morales que, presuntamente, le ha causado la infidelidad del demandado?

3.2. Jurisprudencia *(Case-Law)*

En España, el derecho de daños es fundamentalmente jurisprudencial, *case-law*. Y lo es, porque, como ya hemos indicado, las disposiciones más importantes sobre la materia del derecho legislado son principios o estándares, no reglas --y son principios *generalísimos*--. Así, dos fuentes positivas básicas del derecho español de daños -el art. 1902 del Código Civil de 1889 y el art. 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público- se formulan como principios. Su concreción y desarrollo se dejan a la jurisprudencia y esta ha venido delimitando poco a poco grupos de supuestos análogos de responsabilidad civil, las llamadas -mal- "constelaciones de casos".

Tales grupos de supuestos van cambiando con el paso del tiempo y las circunstancias -a diferencia de las auténticas constelaciones, que están fijas en el firmamento- como hemos visto que ocurre en los casos de accidentes de ferrocarril. El jurista que trabaja la interpretación del derecho a partir del estado de los conocimientos científicos y técnicos puede ofrecer criterios razonables sobre el sentido de las resoluciones que propugna. Sin embargo, no existe ninguna teoría que permita predecir y explicar la dinámica del derecho de daños y no existe por la misma razón por la cual no hay una ciencia de la Historia que nos permita predecir y explicar el devenir de una colectividad. Pero la razonabilidad del jurista es crucial a la hora de decidir, de nuevo por ejemplo, casos de accidentes de ferrocarril, si queremos encaminar a la colectividad hacia Castelldefells, o

hacia Grindelwald o Interlaken. Siempre es importante que el jurista sepa hacer llegar a los tribunales y la colectividad misma el sentido último, las consecuencias de las decisiones que vayan a adoptar.

En derecho español, la Jurisprudencia en sentido estricto es solo la establecida por el Tribunal Supremo y, más concretamente, por cada una de sus Salas en asuntos de su competencia (*Spanish Supreme Court's Case-Law*), pero la denominada jurisprudencia menor, las sentencias de las Audiencias Provinciales (*Spanish Courts of Appeals' Case-Law*) son cada vez más importantes: en la actualidad, conocer cómo deciden las Audiencias las distintas constelaciones de casos es imprescindible en la buena práctica de cualquier abogado especializado en responsabilidad civil.

Dos buenas bases de datos de consulta:

- Westlaw Aranzadi (http://guiesbibtic.upf.edu/dret/bd)

- CGPJ – CENDOJ (www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

El equipo de investigadores que, en 1999, fundó InDret mantiene al día una selección de sentencias del Tribunal Supremo español sobre responsabilidad civil de los últimos años. Su contenido integra las páginas de este curso y ofrece un panorama de la jurisprudencia española reciente:

Pablo SALVADOR CODERCH y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (Coords.), Laura ALLUEVA AZNAR, Miquel S. MIRAMBELL FARGAS, Sergi MORALES MARTÍNEZ, Marta MORENO ALCALDE y Antoni TERRA IBÁÑEZ, "150 casos de derecho de daños (2004-2014) 10ª edición", *InDret* 4/2015 (http://www.indret.com/pdf/1192_es.pdf).

3.3. Doctrina (Secondary Literature or Secondary Sources)

Hay muchos buenos tratados, comentarios, monografías y artículos sobre responsabilidad civil. Los autores de este e-libro hemos seleccionado los siguientes, la mayor parte de los cuales versan sobre el derecho español, pero no todos, como los lectores comprobarán:

- Kenneth S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, 5th edition, Foundation Press, New York, 2017. En la tradición de Holmes, Posner y Prosser. Los mejores expositores del derecho de daños son siempre buenos escritores.
- Hugo ACCIARRI, *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, 1ª ed., Thomson Reuters La Ley, 2015. Junto con el libro de Bullard, dos de las más brillantes referencias latinoamericanas, utilísimas y usadas en las mejores universidades del cono sur por quienes ya son estudiantes de excelencia mundial.
- Mario BARCELLONA, *Trattato della Responsabilità Civile*, Ed. Utet, 2011. Tratado italiano de referencia.
- Arthur BEST, David W. BARNES, Nicholas KAHN-FOGEL, *Basic Tort Law: Cases, Statutes, and Problems*, 5th edition, Wolters Kluwer, 2018. Una introducción para estudiantes americanos de primer curso de derecho (indicación: todos ellos han cursado un grado universitario antes de empezar derecho).

- Alfredo BULLARD, *Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, 2ª ed., Palestra Editores, Lima, 2009. Síntesis académica y profesional de primer nivel.

- José Manuel BUSTO LAGO, L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coords.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013. La puesta al día de un manual de referencia.

- Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Código civil comentado*, Vol. 4, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016 (Javier PLAZA PENADÉS, "Comentario al art. 1902", pp.1364-1374; y Esther GÓMEZ CALLE, "Comentario al art. 1903", pp. 1374-1387). El otro manual de referencia.

- Robert COOTER, Thomas ULEN, "Law and Economics, 6th edition" (2012). *Berkeley Law Books.* Book 2. Versión on line, de 2016, disponible en http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/ Presentación asequible, muy meditada y muy bien escrita.

- Erwin DEUTSCH, Hans-Jürgen AHRENS, *Deliktsrecht*, 6. Aufl., Verlag Carl Heymanns Verlag, 2014. Buena introducción al derecho de uno de los dos países más influyentes en la UE.

- Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Universidad de Deusto, Civitas, Bilbao, Madrid, 1993. La visión del abogado.

- Simon DEAKIN, Angus JOHNSTON, Basil MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012. Obra británica de referencia.

- Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo V, 1ª ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011. Referencia española: da razón del pensamiento dominante.

- Richard A. EPSTEIN, Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 12th edition, Aspen Publishers, 2020. La experiencia (Richard Epstein) se encuentra con la juventud (Caty Sharkey) en la universidad –NYU- actualmente más potente en análisis académico del derecho de daños.

- Ward FARNSWORTH, Mark F. GRADY, *Torts: Cases and Questions*, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2019.

- Michael FAURE, *Tort Law and Economics* (*Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, 2nd edition), Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton, Massachussetts (USA), 2009. La enciclopedia.

- Massimo FRANZONI (Dir.), *Trattato della Responsabilità Civile* (Vol. 1: *L'illecito*, Vol 2: *Il danno risarcibile*), 2ª ed., Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, 2010. Otro tratado italiano de referencia.

- James A. HENDERSON, Richard N. PEARSON, Douglas A. KYSAR, *The Tort Process*, 9th edition, Aspen Publishers, New York, 2017. Tres generaciones de académicos de primer nivel se concitan para producir un *case-book* extraordinario.

- Mariano José HERRADOR GUARDIA (Dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. Las actas de un congreso de primeros especialistas en la materia.

- Keith N. HYLTON, *Tort Law. A Modern Perspective*, Cambridge University Press, New York, 1st ed., 2016.

- InDret. Revista para el análisis del derecho: www.indret.com. El origen de todo esto. Un producto muy costoso, acaso de algún valor y -para sus lectores- gratis. Editado y escrito por tres generaciones de civilistas.

- Hein KÖTZ, Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 13. Aufl., Verlag Vahlen, München, 2016. El mejor puente entre el derecho alemán, el *Common law* y el moderno análisis del derecho de daños,

escrito por dos especialistas de primer nivel y de distintas generaciones, un clásico. Comparte con los *case-books* angloamericanos un estilo admirable, pues está muy bien escrito.

- José Luis LACRUZ BERDEJO et. al., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones,* Vol. 2º, Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito. 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013. Manual español de referencia.

- Ángel LÓPEZ LÓPEZ, M. Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Excelente introducción: la sensatez encarnada.

- Miquel MARTÍN-CASALS, *La "modernización" del Derecho de la responsabilidad extracontractual"*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2011. La visión del primer comparatista español.

- Thomas J. MICELI, *The Economic Approach to Law*, 3rd edition, Stanford University Press, Stanford, 2017. Óptima introducción analítica, indicada para estudiantes de doble grado.

- *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Band 5: *Schuldrecht - Besonderer Teil III, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*), 8. Auflage, C.H. Beck, 2018. Presentación clásica, panorama para práctica y academia.

- Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 CC", en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1971-2003. Los años transcurridos desde su publicación revalidan el comentario como la referencia clásica del derecho español de la negligencia.

- Fernando PEÑA LÓPEZ, "Comentario a los arts. 1902 a 1910 CC", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 2153-2171. Uno de los dos mejores comentarios globales al código civil español.

- Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

- Robert L. RABIN, Marc A. FRANKLIN, Michael D. GREEN, Mark A. GEISTFELD, *Tort Law and Alternatives: Cases and Materials*, 10th ed., Foundation Press, New York, 2016.

- L. Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO (Coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014. El testamento académico de Fernando Reglero, un gran profesor desaparecido prematuramente.

- Encarna ROCA TRÍAS, Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. La voz de dos profesoras de dos generaciones, una de ellas magistrada del Tribunal Supremo y, desde 2011, del Tribunal Constitucional.

- Günter SCHWARZ, Manfred WANDT, *Gesetzliche Schuldverhältnisse – Deliktsrecht, Shadensrecht, Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag*, 6. Auflage, Verlag Vahlen, 2014. Imprescindible para la formación de un académico versado en *Civil Law*: el derecho de daños de Alemania, la primera potencia industrial y exportadora de Europa, un país cuyos sectores de actividad están intensamente regulados y que no se puede permitir inseguridad jurídica ni incertezas de ningún tipo a la hora de delimitar las incumbencias de cada persona u organización en el marco de una división muy detenida del trabajo.

- Victor SCHWARTZ, Kathryn KELLY, David PARTLETT, *Torts, Cases and Materials (University Casebook Series)*, 13th Revised edition, Foundation Press, New York, 2015.
- Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1st edition, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2004. Paradigma implacablemente neoclásico del análisis económico del derecho, sin casos.
- Aaron TWERSKI, James A. HENDERSON, W. Bradley WENDEL, *Torts: Cases and Materials*, 4th ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2017.
- Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, *Introduction a la responsabilité* (2008), *Les conditions de la responsabilité* (2013), *Les effets de la responsabilité* (2011), 3ème éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), (Collection Jacques GHESTIN [Dir.], *Traité de droit civil*). Manuales franceses de referencia, muy cercanos a nuestra cultura.
- John Fabian WITT, *Torts: Cases, Principles, and Institutions*, 3rd ed., CALI eLangdell® Press, 2018. Versión online, actualizada a junio de 2018, disponible en https://www.cali.org/sites/default/files/FINAL-Witt-TCPI-07-03-18-cover.pdf.

4. Análisis económico del derecho *(Law and Economics)*

La economía, la ciencia social que estudia la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Paul KRUGMAN, Robin WELLS), puede aplicarse con buenos frutos al análisis del derecho -como también pueden serlo la psicología, la ciencia política o la sociología- y, durante el último medio siglo, lo ha sido con mucho y justificado éxito, algunos fracasos –y, notablemente, algunos excesos.

El análisis económico del derecho puede ser positivo o normativo:

El análisis positivo pregunta sobre las consecuencias económicas del establecimiento y aplicación de una regulación determinada, por ejemplo, ¿qué efectos tendría establecer una regla general de defecto en cuya virtud la velocidad máxima de circulación de vehículos a motor en las vías urbanas no debe superar los treinta kilómetros por hora?

El análisis normativo pregunta sobre cuál es la mejor regla, de entre varias reales o posibles, en términos de eficiencia económica y, por ello, de entre las distintas alternativas razonablemente posibles en términos de limitación de velocidad en vías urbanas, considera preferible aquella que resulte más eficiente en términos de costes y beneficios sociales.

El análisis económico, aplicado al derecho de daños, al derecho de accidentes, abordado con las técnicas de la responsabilidad civil, parte de considerar las consecuencias probables, positivas y negativas, de las distintas actividades sociales cuyo desarrollo genera accidentes.

Thomas J. MICELI, uno de los mejores analistas económicos del derecho, señala que el riesgo de causar algún daño es el subproducto inevitable de muchas –si no de todas- las actividades sociales globalmente beneficiosas. Y aunque, escribe, normalmente no podemos eliminar el riesgo sin suprimir de raíz la actividad de que se trate, deberíamos adoptar todas las medidas, justificadas en términos de costes y beneficios, para minimizar el riesgo: deberíamos, pues, invertir en reducción de riesgos cantidades crecientes de recursos hasta el punto en que un euro adicional

empleado en evitar pérdidas derivadas de los accidentes solo consigue impedir accidentes estimados justamente en otro euro.

Toda sociedad avanzada dispone de muchos medios distintos -jurídicos y no jurídicos- para controlar los riesgos derivados de las actividades peligrosas –de casi todas-, pues, además de la responsabilidad civil, tales actividades pueden estar sujetas a regulaciones de seguridad, a impuestos, al derecho administrativo o, incluso, al derecho penal, además de estarlo a medidas físicas de seguridad o a tradiciones educativas y cívicas que nada tienen que ver con el derecho.

En todo caso, la esencia de la responsabilidad civil es la obligación potencial, asumida por el demandado, de reparar los daños causados a la víctima de un accidente y que esta -o un allegado suyo, si la víctima falleció- reclama ante un tribunal de justicia.

5. Las dos concepciones tradicionales de la responsabilidad civil: el daño como injusticia que debe ser corregida y el daño como pérdida que debe ser evitada

Hay dos concepciones polares del derecho de la responsabilidad civil. De acuerdo con la primera, la causación de un daño injusto exige su corrección, que debe ponerse a cargo del responsable del daño mismo. Esta es la concepción tradicional del derecho de la responsabilidad civil y a la cual se afilian la mayor parte de los juristas que abordan esta materia. Sus raíces están en la justicia correctiva o distributiva de Aristóteles. El daño si es injusto ha de ser compensado, la justicia restablecida y el equilibro anterior recompuesto. La idea crucial aquí es la de compensación y el sistema de responsabilidad civil se entiende como uno que tiende a la compensación de los daños injustamente causados (*Wrongs, Moral Wrongs*).

A esta concepción, se contrapone desde el siglo XIX (desde la obra de Oliver W. HOLMES, Jr., el realismo jurídico después y el análisis económico del derecho desde inicios de la segunda mitad del siglo XX) la visión de los daños como pérdidas (*losses*) o costes sociales (*costs*) que hay que evitar o prevenir. Y la medida de la prevención la ofrece la eficiencia económica: hay que evitar la causación de daños a terceros si no hacerlo así resultara socialmente ineficiente.

Hay posiciones intermedias: una de ellas bien defendida durante la última década sostiene que el derecho de la responsabilidad civil de cada jurisdicción caracteriza positivamente como ilícitos determinadas conductas así calificadas por la ley o por la jurisprudencia y por cuya realización cuando causan un daño el derecho establece una pretensión, un remedio indemnizatorio a favor de la víctima o de sus causahabientes. Esta concepción, que ha sido defendida por John GOLDBERG y Benjamin ZIPURSKY en numerosos trabajos (*Torts as Wrongs*, 88 TEX. L. REV. 917, 2010), toma de la concepción tradicional la noción de injusto pero exige que esté positivizada, es decir, aceptada como tal por el derecho aplicable en la jurisdicción de que se trate. No bastaría así una noción puramente moral de daño injusto, sino que se requiere su asunción por parte del derecho. Hay pues un plus de positivización, de asunción formal por parte del derecho de la comunidad de que se trate de la idea de daño injusto (*Civil Recourse Theory*). Esta construcción tiene a su favor la constatación empírica de que los sistemas jurídicos de derecho de daños son distintos en cada jurisdicción. Sin embargo, ha sido criticada por centrarse exclusivamente en la idea de injusto legalizado desconsiderando la noción de pérdida, de coste, que es patente en todos aquellos campos de la responsabilidad civil en los cuales rige un principio de responsabilidad objetiva

ajeno a la idea de que la responsabilidad emana del incumplimiento de un deber impuesto por la ley o por la jurisprudencia [Alan CALNAN, *What's Wrong with* Torts as Wrongs *(or Redirecting Civil Recourse Theory)*, 2011, http://works.bepress.com/alan_calnan/9].

6. Concepto y clases de accidente, y limitaciones del derecho de daños. La minimización de los costes sociales de los accidentes

6.1. Concepto y clases de accidente

Accidente: suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas (DRAE).

Accident: a mishap, a mischance, especially one causing injury or death (Collins English Dictionary).

Clases de accidentes: la implosión de la distinción entre accidentes naturales y accidentes causados por conductas humanas. Tradicionalmente los accidentes pueden ser naturales o causados (o cocausados) por una conducta humana, individual o colectiva.

Ejemplos de accidentes naturales (*natural accidents, acts of God*) son los terremotos, como los de Haití y Chile, de 2010, o los maremotos (*tsunami*), como el de Japón en 2011. También los huracanes, ciclones, tormentas, inundaciones, incendios de origen natural. Los accidentes naturales no siempre son acontecimientos discretos, sino que, en ocasiones, son fenómenos que tienen lugar muy lentamente y cuyos efectos se manifiestan a lo largo de periodos muy dilatados de tiempo: así los denominados *Medieval Warm Period (950-1250*) o *The Little Ice Age, 16th-19th centuries.* Pero en estos últimos casos, la noción de accidente se difumina hasta desaparecer. Además, no todos los accidentes naturales son catastróficos (Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Rosa MILÀ RAFEL, "Catastrophic Damages: Liability and Insurance", in Karen B. BROWN, David V. SNYDER [Eds.], *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, 1st edition, Springer, New York, 2012, p. 85-103, esp. 90), sino que muchos de ellos dañan únicamente a una o a muy pocas víctimas, como la caída de un rayo o de un árbol.

Los accidentes causados por una conducta humana (*caused by human agency*) son los causados o agravados por conductas humanas, tales como los de trabajo, los de tráfico, los iatrogénicos, los domésticos.

La distinción entre accidentes naturales y accidentes causados por los seres humanos está en crisis: 2008 fue el año en el cual, por primera vez en la historia de la Humanidad, más habitantes de la Tierra vivían en ciudades que en el campo. Ciertamente, el campo es una idealización que, al menos desde la Revolución Neolítica, desde la última glaciación, hace 10.000 años, cada vez ha tenido menos que ver con la naturaleza, con el mundo silvestre, no humanizado. Tanto es así que, para muchos geólogos -rendidos a la geografía, una ciencia humana-, ya no vivimos en el Holoceno, la fase del Cuaternario posterior a la última Glaciación, sino que hemos entrado en, el Antropoceno, en la Era del Hombre (Paul CRUTZEN y Eugene STOERMER).

Así, el terremoto de Haití, de 12 de enero de 2010, mató quizás a 200.000 personas, pero el muy poco posterior de Chile, de 27 de febrero de 2010, de mayor intensidad, causó la muerte de menos de 600: Chile estaba mucho mejor preparado que Haití para soportar la catástrofe.

El Tsunami de Japón, de 11 de marzo de 2011, mató a casi 16.000 personas, pero su consecuencia más destacada culturalmente fue su efecto sobre la central nuclear de Fukushima Daiichi y sobre la política energética mundial de una generación.

Para muchas personas, los accidentes naturales no existen. No es así, pero el jurista hará bien en apuntar a las posibilidades que la ciencia y la técnica ponen a nuestra disposición para prevenir un accidente y los costes de todo tipo de la prevención. Un ejemplo de libro es la susceptibilidad de algunas localidades del Sureste español a un terremoto: sabemos que se producirá, pero no estamos en condiciones de decir cuándo (véase la web del Servicio de Información Sísmica del Instituto Geográfico Nacional, Ministerio de Fomento www.ign.es/ign/layout/sismo.do).

6.2. Limitaciones del derecho privado de daños

También están en crisis las distinciones que dividen al mundo en sistemas nacionales de derecho. Desde 2009, se discute sobre el concepto de límites, linderos o fronteras ecológicos del planeta (*Environmental Boundaries of the World*) que se construye sobre nueve categorías de problemas, algunas de las cuales, al menos, no reconocen fronteras políticas ni, por tanto, sistemas nacionales de derecho (cambio climático, acidificación de los océanos, desaparición de la capa de ozono, intervención en el ciclo del nitrógeno, roturación y urbanización crecientes, extinción, incremento de los polucionantes químicos y su creciente concentración en la atmósfera, difusión de transgénicos, etc.). Algunas de estas fronteras no son globales, pero otras lo son y todas ponen de manifiesto las limitaciones del derecho de daños como derecho de los accidentes: tratados internacionales, políticas mundiales, derecho público y regulatorio, derecho sancionador, impulso del desarrollo tecnológico son instrumentos aparentemente más eficaces para afrontar los retos del Antropoceno que el viejo derecho nacional de daños.

Sin embargo, el derecho de daños sigue interpretando un rol esencial, pues en tanto en cuanto constituye un instrumento de cambio del derecho mismo de los accidentes, es un motor de su dinámica: típicamente, los nuevos supuestos de responsabilidad civil impulsan cambios de legislación, las iniciativas descentralizadas de los abogados especializados en responsabilidad civil anuncian con frecuencia los cambios que habrán de llegar. Además, los nuevos casos de derecho de daños tienen un valor expresivo –ejemplar, se decía antes- igualmente importante y contribuyen a modificar los juicios de valor básicos que preconfiguran las interpretaciones judicales de los principios o *standards*.

Así, los derechos de daños son fundamentalmente nacionales, pertenecen a sistemas estatales de derecho -aunque haya macrosistemas regionales armonizados de derecho de daños, como sucede con el derecho europeo de la responsabilidad civil del fabricante.

Los sistemas de derecho de daños están caracterizados por rasgos comunes: son, como acabamos de señalar, fundamentalmente nacionales, pero las herramientas analíticas utilizadas para su explicación y mejora son globales y por ello permiten realizar una valoración igualmente global y unitaria de cada sistema nacional. En todos ellos, podemos preguntar sobre los costes y beneficios de la responsabilidad civil -que es muy costosa de aplicar-, sobre su contribución a

mejorar la eficiencia, en sentido económico, de las conductas humanas, sobre la que puedan tener, psicosociológicamente, a corregir los sentimientos de maltrato, de trato injusto, que la causación de un daño pueda haber generado en sus víctimas o en la sociedad, o sobre los efectos meramente distributivos de su aplicación, sobre sus consecuencias en la seguridad jurídica y en la certeza del derecho, o sobre sus efectos en el desarrollo tecnológico.

Luego, son sistemas basados en la aplicación privada del derecho, en el ejercicio de pretensiones resarcitorias por decisión de las víctimas de un daño o -si estas fallecieron- de sus herederos o allegados. Operan *ex post*, después de que el accidente y, por tanto, el daño hayan tenido lugar.

Y su rasgo más característico consiste en que toda acción de daños en cualquier sistema de derecho consiste en el ejercicio judicial de una pretensión tendente a la reparación del daño o a su indemnización en dinero, dirigida contra el causante del daño, o contra la persona, natural o jurídica, que ha de responder por aquel, o contra la compañía aseguradora de ambos.

6.3. La minimización de los costes sociales de los accidentes (Guido CALABRESI, 1970; Steven SHAVELL, 2004) y las simplistas asunciones iniciales de los primeros modelos analíticos del moderno derecho de daños

Durante el último medio siglo, la noción de que el derecho de daños puede contribuir, con otras ramas del derecho, a reducir y, específicamente, a minimizar los costes sociales de los accidentes ha ido a más. Aunque los sectores doctrinales más tradicionales del derecho civil español se aferran a la idea de que el derecho de la responsabilidad civil persigue principalmente compensar daños, nadie hasta ahora ha sido capaz de negar fundadamente que la compensación perfecta supone prevención óptima: la prevención de daños es la sombra de su compensación. En efecto, a poco que nos paremos a pensar, un sistema de reglas de responsabilidad civil que consiguiera que todos los casos de accidentes por los cuales alguien ha de responder se transigieran o litigaran con el resultado de que la víctima obtuviera una compensación integral de los daños, prevendría óptimamente la ocurrencia potencial de tales daños: yo no causaré un daño evaluado en 100 si tengo la certeza de que, de hacerlo, me condenarán a pagar a mi víctima tal cantidad, y si *ex ante* puedo evitar el accidente invirtiendo 75 en precauciones (75< 100) --y los beneficios que obtengo de mi actividad son los mismos en ambos casos--.

Al respecto, los modelos más sencillos del análisis económico parten de asunciones simples, escasamente realistas, pero heurísticamente muy fecundas, pues, en términos generales, las personas razonablemente bien informadas y que no estén trastornadas responden a los incentivos. Básicamente, los modelos parten de suponer que, primero, podemos identificar un nivel de precaución que minimiza el coste total de los accidentes para cada tipo de actividad (fabricar objetos, conducir automóviles, prestar servicios médico-sanitarios, etc.). El coste total incluye los costes privados, es decir, los que sufre la víctima, y los costes sociales, los que experimentan terceros.

En segundo lugar, los modelos asumen, también muy drásticamente, que los agentes sociales son neutrales al riesgo, que están perfectamente informados de las consecuencias de sus actos -o de sus omisiones- y que sus conductas individuales son la única causa de cada accidente, es decir, que las víctimas nada pudieron hacer para evitar el daño.

Asumen además que los individuos son económicamente racionales, es decir, que responden a los incentivos de forma tal que su comportamiento se ajusta siempre al que resulta más eficiente, dada una regla de derecho que se les aplicará inexorablemente en todos y cada uno de los casos en que hayan incurrido en una conducta dañosa por la que hayan de responder.

Finalmente, se suele suponer que las reglas de derecho de daños objeto de análisis permiten conseguir una compensación perfecta de los accidentes, de modo tal que sus víctimas son compensadas de forma tan ajustada al daño sufrido que si, antes del accidente, fueran preguntadas sobre qué preferirían, si no sufrir el accidente o sufrirlo y ser indemnizados por ello, responderían que les resultaría indiferente, les daría igual.

A lo largo de este curso, veremos que ninguna de estas asunciones puede mantenerse incólume, pero, como en otros muchos experimentos, conviene comenzar pensando qué ocurrirá si los realizamos en el vacío. Luego, tiempo habrá para complicar las condiciones de partida. Pero, por mucha complejidad que añadamos, nunca prescindiremos de la idea básica: *a la larga, los humanos responden a los incentivos* (el lector escéptico hará bien en recordarnos a Nietzsche cuando escribió que *la única razón por la cual el hombre no toma el veneno es su mal sabor*).

Frente a las limitaciones del análisis moderno del derecho de daños, el análisis doctrinal tradicional insiste aburridamente en la de que la responsabilidad civil pretende únicamente compensar íntegra o limitadamente daños causados, corrigiendo en su caso la injusticia generada por el daño mismo. Mas, como ya hemos señalado, si el derecho de daños en acción compensa adecuadamente, es decir, íntegramente, a todas las víctimas en todos los casos de causación de un daño por los que se haya de responder, también minimiza los costes de los accidentes de que se trate. Últimamente, el análisis tradicional admite la función preventiva del derecho de daños, pero solo como una consecuencia de hecho, no como un efecto normativo del derecho de la responsabilidad civil, algo así como si defendiéramos que la condena a una pena de privación de libertad fuera un efecto normativo de la sentencia penal, pero el ingreso en prisión y sus devastadoras consecuencias, una de puro hecho. En estas sedes, la distinción entre efectos de derecho y de hecho roza la metafísica.

Mucho más relevante que la crítica anterior es otra distinta que relaciona el derecho de daños con una función correctiva, catártica, restauradora del orden jurídico y social alterado por el causante y responsable de los daños. Esta crítica es mucho más digna de atención que la anterior y apela a la psicología social, un punto de vista desconsiderado por el análisis económico neoclásico del derecho.

Y finalmente quizás es decisiva la consideración de que el derecho no está únicamente condicionado por la economía, sino que lo está igualmente por todos los saberes científicos y tecnológicos así como por las pautas culturales que caracterizan a cada comunidad nacional: a largo plazo, el derecho cumple cabalmente sus funciones si trata de realizarlas a partir del estado de los conocimientos, no a su margen ni, mucho menos, en contra de ellos: la ignorancia no es fuente de derecho Véase Pablo Salvador Coderch y Sergi Morales: *El derecho naturalizado*, InDret, 2-2017.

8. Responsabilidad civil y penal *(Tort and Crime)*

En derecho de accidentes y en general, interesa la distinción entre derecho público y derecho privado: el derecho público establece infinidad de regulaciones que establecen, *ex ante*, cuáles son las condiciones de seguridad (precauciones) bajo las cuales está permitido desarrollar tal o cual actividad y, *ex post*, cuáles son las consecuencias de no haber observado las precauciones establecidas, normalmente, una multa pecuniaria, pero también, la suspensión de la actividad, su cese, o, incluso, la imposición de penas en sentido estricto (aplicación del derecho penal). En España, a diferencia de lo que ocurre en los países de nuestra área cultural, los ilícitos tipificados en el Código Penal comportan una pena, una sanción específicamente penal, pero además, en el mismo proceso en el cual se ventilan las eventuales responsabilidades penales de los imputados, se resuelve sobre sus responsabilidades estrictamente civiles o aquellas de las personas de quienes dependen.

El derecho penal, el derecho de la responsabilidad penal, es primariamente derecho público que tutela intereses públicos, esto es, los consistentes en evitar la comisión de delitos y en restablecer la justicia quebrantada por el delincuente. El derecho civil de daños, el derecho de la responsabilidad civil, no es incongruente con el anterior, pues también pretende abordar la reducción razonable o la supresión de riesgos que afectan a miembros de la colectividad o a toda ella. Pero ello se consigue, en el caso del derecho civil, con pretensiones puramente civiles ejercitadas normalmente en un proceso civil y queda siempre a la decisión del demandante la relativa al ejercicio de la pretensión de daños. El derecho de daños es privado por dos razones: el demandante elige entre accionar o no hacerlo y la indemnización que, en su caso, obtenga, quedará en su patrimonio, no es ninguna multa que engrose las arcas de la Hacienda Pública.

Sin embargo, ya hemos señalado que un mismo acto puede ser, al mismo tiempo, un ilícito penal y un supuesto de responsabilidad civil: de derecho, todos los delitos pueden generar una acción de responsabilidad civil por los daños eventualmente causados, acción que, normalmente, se ejercerá en el proceso penal, pero que los afectados pueden reservarse para ejercitarla en un proceso civil independiente (art. 112 LECr), algo que raramente sucede.

9. Responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad (también civil, pero) contractual *(Tort and Contract)*

En derecho privado interesa la distinción entre responsabilidad contractual, por un lado, y extracontractual o civil (derecho de daños en sentido estricto), por el otro. En una primera aproximación, la conducta cuya realización implica el incumplimiento de un contrato conlleva la responsabilidad de la parte incumplidora frente a su contraparte, pero no es considerada un supuesto de responsabilidad civil. Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato de transporte de personas no genera responsabilidad civil aunque, claramente, pueda dar lugar a responsabilidad contractual en los términos previstos por el contrato mismo o la ley. Sin embargo, si, con ocasión del transporte, quien lo realiza, hiere o veja al viajero, este dispondrá de una pretensión específica de responsabilidad civil con independencia de las que puedan derivarse del contrato mismo.

En virtud de lo genéricamente establecido por el art. 1255 CC o, menos formalistamente, en virtud del ingenio característicamente humano, los humanos mismos y las organizaciones creadas por ellos, pueden entablar relaciones contractuales muy diversas y con un contenido infinitamente diverso: el incumplimiento de las obligaciones establecidas a cargo de una de las partes en un

contrato válido da derecho a la otra a llevar a la primera ante un Juez para que éste establezca las consecuencias de la infracción según el mismo contrato. Así, los deberes y obligaciones contractuales son creados por el ingenio y promesas de las partes contractuales. En cambio, los deberes derivados del derecho de daños dimanan directamente de la legislación y de los reglamentos aplicables o del derecho judicial, al margen de todo pacto o acuerdo entre las partes.

En el *Common Law,* la responsabilidad contractual es fundamentalmente objetiva, mientras que la responsabilidad civil es mayormente por negligencia. Sin embargo, en el *Civil Law* y, concretamente, en derecho español, la responsabilidad contractual parte de un principio general de negligencia, aunque la cuestión es muy discutida.

En la práctica, la dinámica del derecho de contratos es estrictamente privada: los contratos surgen y se desarrollan de abajo arriba -*bottom-up*- a partir de las soluciones ingeniadas por los abogados de las partes, para cada sector del tráfico económico privado, ante el desarrollo de la tecnología y la comercialización de nuevos productos y servicios cuyo acceso al mercado y distribución exigen nuevas soluciones contractuales. En cambio, la dinámica del derecho de daños, de responsabilidad civil, es regulatoria -*top-down*- y judicial -*bottom-up*-, pero siempre pública. Ello genera diferencias estructurales importantes: el derecho de contratos mira a crear o facilitar rutas comerciales, tráfico económico y solo secundariamente litigación. En cambio, el derecho de daños está centrado en la litigación, pues su énfasis está puesto en la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios en un proceso judicial. La diferencia es tan marcada que, en algunos países, los abogados de contratos y los abogados de litigación se diferencian claramente los unos de los otros.

9.1. Material complementario: ¿responde el propietario por los daños que él mismo ha causado al objeto de su propiedad?

Desde luego responde si, en un contrato, se ha obligado a entregarla en buen estado o se ha comprometido a reparar los daños, pero en estricto derecho de daños –de responsabilidad extracontractual, civil, se responde por los daños causados a otro, no por los causados a uno mismo o a un objeto propio: La STS, 1ª, 349/2012, de 11 de junio, MP: Francisco Marín Castán, resuelve esta cuestión relativa a si el propietario de una finca contaminada por él mismo con ocasión del ejercicio de una actividad industrial lícita y que después vendió a un tercero responde, por responsabilidad extracontractual, frente a un subadquirente por los daños económicos derivados del coste de descontaminación.

En palabras del Tribunal Supremo:

"Se trata de decidir si una sociedad mercantil constituida por entes públicos para la regeneración y consiguiente explotación de un puerto deportivo-pesquero y su zona residencial contigua puede repercutir retrospectivamente los costes de la descontaminación a la sociedad mercantil que en tiempos contaminó la zona, y ello pese a haber tenido que cesar esta en su actividad industrial y haber vendido en su día los terrenos a bajo precio debido precisamente a su contaminación, conocida por todas las entidades que sucesivamente fueron adquiriendo derechos sobre dichos terrenos. Y esta decisión se somete por la actora-recurrente a la

jurisdicción civil con base en el Código Civil pero invocando el principio "quien contamina paga", presente en diversas normas administrativas de protección medioambiental que se consideran aplicables al caso".

Ercros, S.A. "explotaba desde el primer tercio del siglo XX una fábrica sita en un terreno de su propiedad ubicado en la fachada marítima de Badalona, y destinada a la fabricación de (…) productos químicos y abonos".

El 7.5.1987, la Corporación Metropolitana de Barcelona (luego Consell Comarcal Barcelonés) aprobó el Plan Especial de la Fachada Marítima de Barcelona, que contemplaba la ubicación del futuro puerto de Badalona al norte de los mencionados terrenos, y los calificaba como terrenos para pequeña y mediana industria, con la excepción de una zona destinada a uso residencial.

El 14.5.1987, Ercros, S.A. vendió mediante escritura pública a la Corporación una porción de terreno de unos 71.000 m^2 ubicada en primera línea de mar por 3.906.579 euros (650 millones de ptas.). En aquel entonces, el precio de mercado del terreno vendido era muy superior, de 5.318.957 euros (885 millones de ptas.), pero los terrenos estaban altamente contaminados por un contenido elevado de plomo y arsénico.

El 31.7.1987, Ercros cesó su actividad industrial y, en el pleito, quedó acreditado que, con posterioridad, el lugar fue utilizado como zona de extracción de arenas y vertido incontrolado de residuos de procedencias diferentes.

En 1989, Ercros vendió el resto de los terrenos a Prima Inmobiliaria, S.A., la cual y a su vez los vendió mediante escritura pública el 9.5.1990 a Inmobiliaria Industrial Urbana, S.A. y ésta, finalmente, los vendió al Instituto de Crédito Oficial (ICO), un banco público, en 1994 en pago de deudas.

En 1991, el Ayuntamiento de Badalona decidió ubicar el puerto en los antiguos terrenos de la demanda, pese a ser conocida la contaminación de la zona por los estudios que había iniciado el Ministerio de Obras Públicas y Transportes en 1990, y dividió la zona en dos polígonos: uno destinado a suelo residencial y el otro a sistema portuario. El Gobierno de la Generalitat aprobó el proyecto de construcción del puerto deportivo de Badalona y otorgó a Marina Badalona, S.A., sociedad participada al 50% por el Consell Comarcal Barcelonés y el Ayuntamiento de Badalona, la concesión para la construcción y explotación del puerto, con asunción, entre otras obligaciones, de descontaminar los terrenos.

En 2001, 2002 y 2003 el Consell Comarcal Barcelonés aportó la porción de terreno que había comprado a Ercros a Marina Badalona, S.A. como aportación no dineraria con ocasión de tres sucesivas ampliaciones de capital realizadas en tales años. Del valor de la finca se descontaron en aquel momento 3.432.981 de euros (571 millones de ptas.) en concepto de gastos de descontaminación.

El 19.12.2002 y por escritura pública, ICO vendió a Marina Badalona, S.A. los terrenos que originariamente habían pertenecido a Ercros haciendo constar que tales terrenos iban a verse afectados por las obras de construcción del puerto de Badalona y que, dado que existía un remanente de contaminación del suelo, el coste de la contaminación (valorado en 8.005.481

euros) debía descontarse del precio de la venta de los terrenos, precio que quedaba en 11.419.230 euros.

Marina Badalona, S.A. demandó a Ercros, S.A. y le reclamó el pago de 25.444.530,10 euros por daños y perjuicios asociados a la contaminación de las fincas, con base en el art. 1902 CC, pero también por haber cumplido la obligación de descontaminación que incumbía a Ercros. Al efecto se refería a doctrinas relacionadas con la subrogación, el reembolso, la repetición y el enriquecimiento injusto y citaba la STSJ de Cataluña núm. 308/2004 de 28.4.2004, que habría impuesto a Ercros la obligación de descontaminación.

> El 3.6.1997, la Junta de Residuos de la Generalitat de Cataluña había requerido a Ercros, S.A. para que, en el término de dos meses, procediese a la retirada de escombros y residuos y a la realización de un estudio sobre el alcance de la contaminación, requerimiento reiterado el 26.6.1997 y el 28.11.1997. Ercros presentó un recurso administrativo contra este último, que fue inadmitido el 11.11.1998, inadmisión confirmada por posterior resolución del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya, de 31.1.2000. Ercros interpuso entonces recurso contencioso-administrativo contra esta última resolución y el TSJ de Cataluña en Sentencia de 28.4.2004 lo admitió y, tras revocar las decisiones administrativas en cuanto a sus pronunciamientos de inadmisibilidad del recurso, entró en el fondo del asunto y desestimó el recurso contra la resolución de la Junta de 28.11.1997:
>
> "[E]l apartado a) del (...) artículo 15 [de la Ley 6/1993, de 15 de julio, de residuos de Cataluña] considera como responsable directo de la regeneración de los espacios degradados por descargas incontroladas a la persona que ha efectuado la descarga y solidariamente al productor o el poseedor del residuo, siendo responsable únicamente subsidiario de la misma(...), según su apartado b), el propietario de la finca (...) o en su caso el titular del dominio público afectado, y constituyendo obligación del productor y del poseedor de los residuos, según el art. 17.1.a), la de garantizar su gestión de acuerdo con sus prescripciones desde luego inmediatamente aplicables a un requerimiento de descontaminación producido bajo su vigencia, y ante una contaminación que se mantuvo en el tiempo tras ella, cualesquiera que fuesen los acuerdos, privados o incluso de carácter o alcance urbanístico, que pudieran haberse alcanzado al momento de la venta de los terrenos" (FD. 5º).

La SJPI nº 27 Barcelona (8.1.2008) estimó en parte la demanda y condenó a Ercros al pago de 8.895.785,28 euros. En apelación, la AP (Sección 16ª) de Barcelona (31.3.2009) estimó el recurso de apelación interpuesto por Ercros, S.A., desestimó el de la demandante, y revocó la SJPI, desestimando la demanda:

"El coste de la descontaminación de un suelo contaminado debe ponerse en relación con el uso urbanístico de ese suelo(...) [en este sentido, art. 15 Ley 6/1993, en su redacción dada por la Ley 9/1998, y actual art. 19 b Decret Legislatiu 1/2009, de 21 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei reguladora dels residus: "Que les persones causants de la contaminació d'un emplaçament resten obligades a sanejar-lo en funció de l'ús urbanístic que tenia quan el van transmetre. No es poden requerir mesures de sanejament complementàries vinculades als nous usos urbanístics del sòl, llevat que hagin estat promoguts per elles mateixes" (…)

"[L]a reclamación fundada en el art. 1902 producía una sensación de perplejidad porque **los daños se habrían causado a una finca propia** de la demandada cuando ejercía una actividad industrial que cesó en 1987;(...) descartada cualquier obligación contractual de Ercros para con Marina, ya que ésta no compró directamente los terrenos a aquella ni funda su demanda en

acciones derivadas del contrato de compraventa, tampoco cabía la responsabilidad extracontractual por **faltar el elemento de alteridad**, como consideró la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 rectificando el criterio de la de 29 de octubre del mismo año(...); en último extremo, la acción para exigir responsabilidad civil extracontractual habría prescrito conforme al art. 1968 CC, pues el caso no sería de daños continuados sino permanentes y, además, conocidos desde mucho años antes de la interposición de la demanda, de modo que nada habría impedido(...) reclamar en su momento por los daños, al margen de una responsabilidad por saneamiento que parece haber sido asumida y resuelta convencionalmente en su momento" (**énfasis añadido**)

"La demandante no hizo propiamente una regeneración del solar por sustitución de una obligación concreta y exigible a la demandada impuesta por la Administración en interés general, sino que lo que hizo fue urbanizar la zona en propio interés y, ciertamente, ello implicó la descontaminación de la finca" (FD. 2º STS).

Marina Badalona, S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El segundo, por infracción de los arts. 1210 y 1158 CC, arts. 33, 43 y 45 CE y art. 1902 CC, así como por infracción del art. 1968 CC. El TS desestimó ambos recursos y confirmó la SAP:

"[E]ntre los dos referidos criterios opuestos de decisión [el de la STS, 1ª, 29.10.2008 (RJ 5801), en la que el Tribunal Supremo condenó a Ercros con base en la responsabilidad extracontractual y el de la STS, 1ª, núm. 1135/2008, 22.12.2008, en la que el Tribunal, en cambio, le absolvió porque los daños fueron causados a una finca propia] esta Sala considera que debe reiterar [el segundo criterio, según el cual] (FD. 4º):

"Cuando se trata de daños originados en la cosa vendida (…) el daño sufrido por el comprador resulta, en principio, del deficiente cumplimiento o del incumplimiento del contrato de compraventa; la relación de responsabilidad que resulta del cumplimiento o deficiente incumplimiento tiene el mismo alcance subjetivo que el que media, dentro de la órbita contractual, entre el que causa el daño (vendedor) y el que lo recibe (comprador); el ordenamiento jurídico prevé consecuencias específicas para los casos de defectos en la cosa vendida; y, finalmente, los bienes afectados son de carácter patrimonial, en tanto no se demuestre la afectación de bienes o derechos de mayor trascendencia. En suma, los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales que correspondan, entre las cuales figuran las acciones para pedir el saneamiento de la cosa por vicios o defectos ocultos [acción redhibitoria y *quanti minoris* (de disminución del precio 'en cuanto menos')] o la acción resolutoria dimanante del incumplimiento del contrato cuando la cosa entregada es sustancialmente distinta de aquélla que se pactó como objeto de la compraventa o inhábil para el uso a que se destina (una cosa por otra, o *aliud pro alio*).

Esta reclamación debe ir dirigida contra el vendedor mediante, si procede, la subrogación que a tenor del artículo 1511 CC se opera en favor del comprador respecto de las acciones que corresponden al primero contra los transmisores anteriores(…)

El hecho de que el comprador no sea el primer adquirente no lo autoriza por sí mismo para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual contra los anteriores propietarios por los daños que haya sufrido la cosa vendida (FD. 4º) (…)

En último extremo, aunque se admitiera una obligación *ex lege* de Ercros, resultaría que ésta ya se habría cumplido frente a la demandante, como razona la sentencia impugnada, mediante los sucesivos descuentos del coste de la descontaminación en los negocios jurídicos privados de transmisión de los terrenos" (FD. 5º).

La STS, 1ª, 616/2016, de 10 de octubre, MP: Fernando Pantaleón Prieto, revalida el criterio sobre el requisito de la alteridad del daño: "no cabe admitir que la distribución de cargas y riesgos entre las partes contratantes que comporta el régimen, convencional o legal supletorio, de la responsabilidad contractual pudiera resultar desbaratada mediante el recurso a las normas de la responsabilidad extracontractual". No obstante, confirma la estimación parcial de la demanda, porque en el caso de autos "no hay base alguna para afirmar que el coste de descontaminar la finca fuera descontado del precio de más de 24 millones de euros". Según el TS, resulta aplicable, por tanto, el artículo 27.2 Ley 10/1998, que obliga de manera solidaria a los causantes de la contaminación a realizar las operaciones de limpieza y recuperación y de manera subsidiaria a los poseedores de los suelos contaminados. Si el poseedor asumió la descontaminación, como sucedió en el caso, podrá luego accionar contra los causantes de la contaminación para recuperar el coste asociado al cumplimiento de sus obligaciones.

10. Responsabilidad civil y derecho regulatorio

En el modelo del art. 1902 Código Civil de 1889, el derecho de la responsabilidad civil se concibe básicamente como derecho jurisprudencial: las constelaciones de casos van delineando supuestos genéricos de posible responsabilidad civil. Esto es así, aunque, en la práctica, gran parte de las pretensiones indemnizatorias de responsabilidad civil dimanan del derecho regulatorio de cada sector de actividad o, más específicamente, de su infracción. La trabazón entre la noción de la responsabilidad integrada por constelaciones de casos delineadas jurisprudencialmente y su caracterización más moderna como el resultado de la aplicación del derecho regulatorio se consigue a poco de que se caiga en la cuenta de que muchas pretensiones de responsabilidad surgen de la infracción de los códigos de las buenas prácticas de la *lex artis* o de los estándares que delimitan el ejercicio correcto de actividades sociales y profesionales o de las circunstancias del caso concreto. A tales prácticas y códigos se refieren tanto la jurisprudencia como el derecho regulatorio y así se desarrolla sintéticamente un derecho de daños que se configura tanto de abajo hacia arriba como de arriba hacia abajo.

11. ¿Es el derecho de daños una especialidad bien definida?

Sí, pero quizás solo por oposición al derecho de la responsabilidad contractual o al derecho sancionador y, desde luego, está menos definido en España que en otros países europeos continentales en los cuales la responsabilidad civil derivada de delito no está regulada en el código penal ni la pretensión correspondiente se ejercita ante la jurisdicción penal. Y, desde luego, está mucho menos perfilado que en el *common law* y en el derecho federal estadounidense.

El derecho de daños tiene una especificidad clara y distinta si se analiza desde el punto de vista del remedio típico que le es paradigmáticamente propio: las acciones de reparación e indemnización de daños. Los remedios dan unidad al derecho de daños.

Pero casi nada más lo hace: hoy en día, en un país occidental tecnológicamente avanzado es crecientemente difícil de concebir que una abogada esté especializada, al mismo tiempo, en litigación derivada de difamación, de protección de datos, de daños masivos, de accidentes de circulación, de daños biofarmacéuticos, de prevención de riesgos laborales, de exposición a sustancias tóxicas, etc. La razón es que el derecho de daños descansa sobre regulaciones crecientemente intrincadas y su conocimiento y dominio es, en la práctica, condición necesaria de la viabilidad de un escrito de demanda de reclamación de cantidad por daños y perjuicios. Nadie domina a la vez el acoso sexual, la difamación, la litigación por inhalación de sustancias tóxicas o los accidentes de aviación. Ya no.

Mas queda bien anclado en el análisis de los remedios, el cual presta algún otro punto de apoyo a la idea de la unidad positiva del derecho de daños -es decir, a la idea de que este se define por algo más que por su contraposición al derecho de contratos, al derecho penal y al derecho regulatorio.

Así, y en primer lugar, la cuestión de la culpa, de la negligencia, del demandado ocupa un lugar central en casi todos los casos de derecho de daños regidos por el estándar de la culpa misma, como es el supuesto general del derecho del art. 1902 del Código Civil español de 1889.

Más aún, en torno a las cuestiones la causalidad en sentido amplio, que abarcan la causalidad empírica o de hecho (*cause in fact*) y causalidad, de derecho, normativa o imputación objetiva (*proximate causation, scope of liability*), comunes a la responsabilidad por negligencia y a la objetiva.

Luego, la naturaleza esencialmente procesal del ejercicio de las acciones y pretensiones de derecho de daños centran a la responsabilidad civil en torno a su litigación y transacción: a diferencia del derecho de contratos, que es extrajudicial y *ex ante*, el derecho de daños es judicial y *ex post*. En los países con juicio de jurado para la responsabilidad civil, la unidad procesal y profesional del derecho de daños aún es más marcada, pero no es el caso de España.

Además, en culturas jurídicas que creen en la aplicación descentralizada, privada –*bottom-up*-, del derecho, el derecho de la responsabilidad civil es un instrumento mucho más importante que en aquellas otras en las cuales, el remedio básico indemnizatorio es público, *top-down*, penal o administrativo, aplicado *ex officio*, con técnicas de *command & control*. Importa también la posibilidad de recurrir a los instrumentos que permiten –para mal o para bien- una organización empresarial de las reclamaciones de daños masivos o simplemente difusos: *contingency fees*, *punitive damages* y *class actions*.

En este libro, el derecho de daños se expone muy fundamentalmente a partir de casos, de sentencias dictadas por los tribunales. Al efecto, los lectores han de tener en cuenta que la evidencia presentada sobre el derecho español de daños es anecdótica, no estadística. Escogemos los casos que nos parecen más significativos, pero del mismo modo que la mayor parte de las pruebas presentadas por los litigantes en los pleitos se basan en recolecciones singulares de

fenómenos, nosotros tampoco hemos llevado a cabo ningún análisis estadístico de las sentencias de los tribunales españoles, ni de las dictadas por el Tribunal Supremo. Sabemos, eso sí, que estas últimas crean jurisprudencia, es decir, que son normativamente muy relevantes. E intentamos estar al día. No siempre podemos. No siempre sabemos. En general, véase Michael J. SACKS, "Do We Really Know Anything about the Behavior of the Tort Litigation System – And Why Not?", *140 University of Pennsylvania Law Review*, 1147, (1992), (BEST, BARNES, KAHN-FOGEL, *Basic Tort Law*, p. 4).

Finalmente, esencial al derecho de daños, es su dinamismo: el cambio forma parte de su naturaleza. El contrato pretende atar el futuro, el derecho de daños reanudar el pasado.

12. Material complementario: la acción de daños de los perjudicados por un ilícito competencial y el Real Decreto-ley 9/2017 por el que se implementa la Directiva comunitaria sobre *antitrust damages actions* de 2014

En 2014, el Parlamento europeo y Consejo aprobaron la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349, 5.12.2014).

Esta Directiva ha sido implementada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

El Real Decreto-ley 9/2017 introduce, en primer lugar, el Título VI en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en el cual se establece el régimen de responsabilidad civil por daños causados por las infracciones del derecho de la competencia. En segundo término, modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) e introduce una nueva sección 1 bis en el capítulo V del Título I del Libro II de la LEC, sobre exhibición de pruebas y acceso a las fuentes de prueba en los procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia (arts. 283 bis a) – h)] y, en particular, sobre la revelación de información contenida en un expediente de una autoridad de la competencia [art. 283 bis i) i j)].

La responsabilidad civil también se llama responsabilidad extracontractual. El nacimiento de una obligación de indemnizar por daños causados al margen de una relación jurídica contractual puede estar asociado a la realización de una conducta penalmente típica, pero también puede estarlo a la infracción de disposiciones puramente administrativas, de derecho público, pero no necesariamente de derecho penal.

Un ejemplo crecientemente importante es el de infracciones del derecho público de la competencia, las cuales, además de violar el derecho europeo, español -o ambos- causan daños a terceros: si las empresas de una misma industria forman un cártel o una sola empresa que ocupa una posición dominante en la industria abusa de tal posición y el resultado final es que los terceros que adquieren bienes o contratan servicios de tales empresas han de pagar un precio más elevado del que habrían de pagar si el mercado funcionara en condiciones de competencia razonable, es obvio que sufren un daño y que, en principio, tal daño es indemnizable: las víctimas

del daño, clientes de las empresas en cuestión, tienen una acción civil, cuyo conocimiento corresponde en principio a los tribunales civiles.

Sin embargo, los requisitos de la pretensión de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho de la competencia son de nota.

En primer lugar, aunque en España, hasta la fecha de cierre de esta edición, las pretensiones de responsabilidad civil por infracción del derecho de la competencia han seguido a una declaración previa de la existencia de un ilícito -de la formación de un cártel, de la existencia de un abuso de posición dominante, etc.- por parte de la autoridad competencial, europea o española (acción *follow on*), la Directiva 2014/104/UE no prohíbe el ejercicio de la pretensión de manera autónoma (acción *stand alone*). En alguna jurisdicción europea, como la italiana, los tribunales civiles sí han declarado la existencia del ilícito competencial sin necesidad de una resolución sancionadora previa (por ejemplo, véanse: Bluvacanze, Corte di Appello di Milano, Sentencia de 11.7.2003; Juventus F.C., Corte di Appello di Torino, Sentencia de 6.7.2000; y Centro Alimentare de Roma-Guidonia, Corte di Cassazione, Sentencia n. 11564 de 4.6.2015).

En derecho europeo, el núcleo básico de la regulación relevante sobre infracciones del derecho de la competencia se encuentra en los arts. 101 y 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea y en el Reglamento del Consejo 1/2003, de 16 de diciembre de 2002. En derecho español, en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ahora modificada por el RDL 9/2017. Como dice ahora el art. 71.1 LDC, [l]os infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. Y, en sentido parecido, el art. 72 establece que "[c]ualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria".

Luego, el demandante habrá de probar que ha sufrido un daño y que este deriva precisamente de la infracción cuya existencia ha declarado la autoridad competencial, pero esta podrá, en determinadas circunstancias, negarse a facilitar la información relevante, por ejemplo, aquella que hubiera obtenido de empresas participantes en el cártel que denunciaron su existencia para librarse de las sanciones legales o moderar su importe. En Europa continental, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, no hay *discovery* y la transparencia de las Administraciones Públicas es también más limitada a esta orilla del Océano Atlántico. Con todo, la LDC prevé ahora que, aunque la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante (art. 76.1) si, acreditados los daños, resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión con base en las pruebas disponibles, el Tribunal estará facultado para estimar su importe (art. 76.2) y se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños (art. 76.3).

Ni el derecho europeo, ni el español tienen tradición en materia de acciones colectivas o de clase. Miles o cientos de miles de consumidores pueden haber resultado dañados, el daño total puede ser muy elevado, pero como es muy difuso, ningún consumidor individual tiene incentivos para reclamar y la iniciativa de una firma de abogados para acomunar las acciones individuales de los consumidores perjudicados puede encontrar muchas dificultades en la regulación procesal del Estado Miembro de que se trate. El RDL 9/2017 no ha reformado la regulación de la LEC sobre acciones de clase.

La LDC regula ahora la cuestión sobre el montante de la indemnización cuando el demandante ha consegudio repercutir el sobrecoste derivado de la infracción sobre el siguiente eslabón de la cadena (*"passing-on"*), pues su art. 78.1 establece que el derecho al resarcimiento se referirá únicamente al sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido (a terceros) y le haya generado un daño. En ningún caso, el resarcimiento del daño sufrido en cualquier nivel de la cadena de suministro podrá superar al perjuicio del sobrecoste a ese nivel. Y, añade el art. 79, cuando la existencia de la reclamación o la determinanción del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante -comprador indirecto-, éste habrá de probar su existencia y cuantía. Para facilitar las acciones de los compradores indirectos, el artículo 79 establece la siguiente presunción *iuris tantum:* "se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que: a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran".

Así si A, B y C constituyen un cártel y acuerdan un precio un tercio superior al que regirían en condiciones de competencia, pero sus clientes consiguen repercutir el sobreprecio en los suyos sin disminución de la demanda -ciertamente, un caso raro-, no habrán sufrido daño alguno y su acción fracasará. Entonces, los compradores indirectos tendrán una acción contra A, B y C cuya cuantía estará determinada por el perjuicio repercutido y que ellos no hayan, a su vez, trasladado a sus clientes.

Tras el RDL 9/2017, la LEC regula la exhibición de pruebas en procesos para el ejercicio de acciones de daños causados por infracciones del Derecho de la competencia, una versión atenuada de la *discovery* estadounidense. De acuerdo con la nueva regulación, los tribunales, a solicitud de la parte demandante, podrán ordenar a la parte demandada o a un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes que tenga en su poder. Recíprocamente, la parte demandada podrá pedir lo propio al tribunal (art. 283 bis a) LEC). La exhibición no es universal, sino que está acotada por principios de especificidad estrictos ("pruebas …. pertinentes … lo más limitadas y acotadas como sea posible…") y, claramente, de proporcionalidad ("reclamación … respaldada por hechos y pruebas disponible", consideración del "alcance y el coste de la exhibición", sobre todo si hay un tercero afectado, "el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen información confidencial"). La ordenación de exhibir pruebas que contengan información confidencial (art. 283 bis b) LEC) está también sujeta a condiciones y límites que persiguen preservar tal confidencialidad sin perjuicio de la exhibición ordenada (por ejemplo, "[r]ealizar audiencias a puerta cerrada", "[e]ncargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información de una forma agregada no confidencial", o "[l]imitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad"). Finalmente, la ley prevé la posibilidad de solicitar la exhibición antes de la incoación del proceso, pero siempre previo el pago de una caución y con estrictos requisitos temporales, pues la demanda se habrá de presentrar dentro de los veinte días siguientes a la terminación de la práctica de las medidas.

La *discover*y o exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, regulada por el muy importante art. 283 bis i) de la LEC, demarca los ámbitos de la aplicación privada y pública del derecho – si se prefiere, del derecho privado y del derecho público -: el principio general es "la necesidad de preservar la aplicación pública del Derecho de

la competencia" (nº 4, letra c) del art. citado), pues el sistema europeo continental de *civil law* se basa en la aplicación por funcionarios públicos del derecho público, en procedimientos administrativos sujetos a revisión por tribunales del orden contencioso administrativo. No hay, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del *common law* estadounidense, ni una cultura generalizada del "*private law enforcement*", ni un principio también común de *courts of general jurisdiction*. Tampoco hay juicio de jurado. El derecho europeo prima la aplicación pública del derecho público y, consiguientemente, limita el ejercicio de acciones de derecho privado a las resultas de aquella. Lo anterior es, por supuesto, debatible y, de hecho, lleva siglos discutiéndose, pero es prematuro pronunciarse sobre la superioridad de un sistema sobre el otro. A lo que aquí interesa, la acción privada de daños puede ser *stand alone*, pero si es *follow on* sigue a la resolución o a la sentencia firmes del procedimiento público y no acumulan reclamaciones civiles con expedientes administrativos y su revisión judicial. Traducido al lenguaje común: habrá que esperar años, acaso bastantes, a que el derecho público se haya pronunciado para que los particulares perjudicados por la infracción del derecho de la competencia puedan reclamar una indemnización ante los tribunales civiles. Sobre si esto es bueno, malo, mejor o peor, decida el lector.

Específicamente, cabe ahora pedir la exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia (art. 283 bis i) de la LEC), pero los requisitos son draconianos:

Así, rige el principio de proporcionalidad, el cual se valorará teniendo en cuenta la ya mencionada necesidad de preservar el derecho público, la especificidad de la solicitud en relación con su objeto y su relación con una reclamación por daños. El tribunal podrá ordenar la exhibición de información preparada por una persona específicamente para un procedimiento de una autoridad de derecho de la competencia, la elaborada por las autoridades y que ya ha sido enviada a las partes, así como las solicitudes de transacción que se hayan retirado. Pero solo podrá hacerlo una vez que la autoridad haya dado por concluido el procedimiento (también véase art. 283 bis j) 2.). Las autoridades podrán presentar al tribunal sus propias observaciones sobre la proporcionalidad de la solicitud.

En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de declaraciones formuladas en el marco de un programa de clemencia ni de solicitudes de transacción salvo que su objeto sea, respectivamente, asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones de declaración o de solicitud de transacción mismas.

El tribunal tampoco requerirá a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes de estas, salvo que ninguna parte o ningún tercero sea capaz, en medida razonable, de aportar dichas pruebas.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal, dice el art. 283 bis k) LEC, en que pudiera incurrirse por delito de desobediencia a la autoridad judicial, en el caso de incumplimiento del deber de confidencialidad en el uso de fuentes de prueba o del de los límites de su uso, la parte perjudicada podrá solicitar del tribunal la desestimación de la pretensión ejercitada, la responsabilidad civil del infractor o la condena en costas al infractor mismo. En casos de incumplimiento que no sea grave, el tribunal podrá imponer una multa al infracto de entre 6.000 y 1.000.000 €.

Véase, sobre la cuantificación de los daños causados por infracción del derecho de la competencia: Comunicación de la Comisión - Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto,

2019 (sobre las Directrices, véase Ignacio García-Perrote Martínez "Comentario a las "Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto"", InDret 3.2020, pp. 535-550); Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2013; Commission Staff Working Document: Practical Guide: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, accompanying the Communication form the Commission, 2013; y Assimakis KOMNINOS (Dir.), *Quantifiying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts,* Study prepared for the European Commission, 2009.

STS, 1ª, 651/2013, de 7 de noviembre, MP: Rafael Sarazá Jimena, ECLI:ES:TS:2013:5819

El 10 de septiembre de 1996, la Asociación Profesional de Fabricantes de Galletas de España, la Asociación Española de Fabricantes de Caramelos y Chicles, la Asociación Española de Fabricantes de Chocolates y derivados del Cacao, la Asociación Española de Panificación y Pastelería de Marca y la Asociación Española de Fabricantes de Turrones y Mazapanes denunciaron ante el Tribunal de Defensa de la Competencia a Ebro Agrícolas (actualmente, EBRO Foods), Compañía de Alimentación S.A., Sociedad General Azucarera S.A., Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR) y Azucareras Reunidas Jaén S.A.

El 15 de abril de 1999, el Tribunal dictó una resolución donde declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por los artículos 1.1.a) Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y 85.1.a) Tratado de la Unión Europea, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. La Audiencia Nacional, por sentencia de 13 de septiembre de 2002, ratificó la resolución y el Tribunal Supremo, por sentencia de la Sala Tercera de 26 de abril de 2005 declaró no haber lugar a recurso de casación.

Nestlé España S.A., Productos del Café S.A., Helados y Postres S.A., Chocolates Hosta Dulcinea S.A., Zahor S.A., Mazapanes Donaire S.L., Lu Biscuits S.A., Chocolates Torras S.A., Arluy SL, Chocovic SA, Lacasa SA, Productos Mauri SA, Delaviuda Alimentación SA y Wrigley Co. SA demandaron a EBRO Foods y solicitaron en concepto de daños y perjuicios el sobreprecio pagado por cada una de ellas como consecuencia de la concertación de precios. En particular, solicitaron, respectivamente, las siguientes cantidades: 1.548.828,39 euros, 19.881,94 euros, 149.207,66 euros, 774.957 euros, 3.802,59 euros, 27.428,10 euros, 191.674,35 euros, 18.608,72 euros, 45.089,76 euros, 448.188,58 euros, 76.109,09 euros, 8.305,27 euros, 90.177,17 euros y 702.950,95 euros. También reclamaron los intereses legales devengados desde la interpelación judicial.

El JPI nº 50 de Madrid (1.3.2010) estimó parcialmente la demanda porque existían informes periciales discrepantes sobre valoración del daño y uno de los informes periciales aportados por la demandada establecía que, en caso de reconocerse la existencia de daño, este no podía ser superior al 50% de las cantidades solicitadas.

La AP de Madrid (Sección 8ª, 3.10.2011) estimó el recurso de EBRO Foods, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimó la demanda y absolvió a la demandada, porque consideró que los demandantes habían repercutido el sobreprecio a sus clientes.

El TS estimó el recurso interpuesto por Nestlé España SA y el resto de demandantes, anuló la sentencia de la AP por vulnerar las reglas de carga de la prueba, estimó el recurso de apelación de las demandantes y condenó a EBRO Foods a pagar las cantidades inicialmente solicitadas.

Según el Tribunal, EBRO Foods no acreditó que las demandantes habían repercutido el sobreprecio causado por la práctica concertada porque "(…) no es suficiente probar que el comprador ha aumentado el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido (…). Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (…), no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad. No se ha practicado prueba adecuada para acreditar tal extremo, pues la prueba propuesta y practica solo acredita extremos relativos a la repercusión del aumento del precio (…)" (FD 5º). El Tribunal estimó plenamente la demanda porque el informe de valoración del daño de la demandada partía "de bases inaceptables" (FD 7º) y se limitaba a cuestionar el informe de la demandante sin aportar una cuantificación alternativa mejor fundada (FD 7º).

Capítulo 2
Las cuatro reglas básicas de responsabilidad

1. Libertad de actuar o de abstenerse de hacerlo sin incurrir en responsabilidad (*No Liability*) 47
2. Causación dolosa de daños (*Intentional Tort*) 54
3. Culpa o negligencia (*Negligence*) 55
4. Responsabilidad objetiva o por riesgo. 58
5. Continuidad de las reglas de responsabilidad. Responsabilidad absoluta 63
6. "La Lleona de Girona" o "El Cul de la Lleona" (Rèplica de l'original, Plaça de Sant Feliu, Girona) 65

Como hemos visto en el capítulo 1º, en responsabilidad civil, las circunstancias en las cuales el demandado ha de responder por los daños sufridos por la víctima son muy diversas y dependen de la regulación y la jurisprudencia aplicables al caso. Pero, en términos generales, hay cuatro grandes reglas de responsabilidad civil:

1. Libertad de actuar o de abstenerse de hacerlo sin incurrir en responsabilidad (*No Liability*)

El estatuto más básico de una línea de conducta dañina, pero más beneficiosa que perjudicial, es aquel según el cual su realización no comporta ningún deber de indemnizar a las víctimas del daño causado. Contra aquello que a menudo se cree, la regla de la ausencia de responsabilidad es, afortunadamente, ubicua: las pérdidas se quedan donde se han producido; los daños, allí donde han tenido lugar.

Un soldado, jurista y juez norteamericano, Oliver Wendell HOLMES, Jr. (1841-1935) expresó concisa y gráficamente esta idea en su obra *The Common Law* (1881):

> "Sound policy lets the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference".

Muchos siglos antes, el Derecho romano ya lo había hecho con laconismo aún más admirable, si cabe:

> "casum sentit dominus" (C. 4, 24, 9; D. 50, 17, 23).

Y en España esto mismo lo ha dejado escrito la catedrática de derecho civil, magistrada del Tribunal Supremo y, luego, del Tribunal Constitucional, Encarna Roca en la Introducción a la 6ª edición de *Derecho de Daños. Textos y Materiales* (en colaboración con Mónica Navarro):

> "En este libro se parte de un principio general: la persona que sufre un daño está obligada a asumir sus consecuencias, excepto si existen razones jurídicas para trasladarlas a quien lo ha producido" (p. 15).

Si el principio aplicable es el de ausencia de responsabilidad por los propios actos, entonces no hay indemnización de daños, las víctimas se lamen sus propias heridas -si sobreviven a ellas- y el mundo sigue su curso. Este criterio incentiva niveles máximos de precaución en las víctimas potenciales (para evitar sufrir el daño), pero también un nivel cero de precaución en los causantes potenciales de daños (pues no habrán de pechar con sus consecuencias). La *No liability rule* parte en suma de que, en las constelaciones de conductas a las cuales se aplica prima un principio de libertad individual sin consideración a los daños que la actividad de que se trate pueda causar a terceros:

- Alguno de ustedes estará, sin duda, resfriado, pero sus compañeros no tienen derecho a reclamar indemnización alguna si, por ello, se contagian, ni mucho menos a exigirle que se quede en su casa, en cuarentena, hasta que cure del resfriado (en cambio, si hubiera contraído la tuberculosis, una enfermedad grave, quizás podrían reclamar por el contagio sufrido si el primer enfermo no adoptó precaución alguna).

- Todos ustedes tienen que soportar que su vecino vea el partido, o la serie, compre el diario o se conecte a la emisora de radio o televisión que ustedes detestan, que se peine, deje de hacerlo o que se atilde como guste o, más opinablemente, que se vista o medio desvista como le plazca.

- En nuestro derecho, nadie tiene derecho a ser amado, es decir, nadie puede ejercitar una pretensión judicial -una pretensión indemnizatoria, en nuestro caso- porque otra persona se niega a quererle, a amarle: no hay derecho al amor aunque ello pueda causar el suicidio del desesperado amante [*The Sorrows of Young Werther* (*Die Leiden des jungen Werthers*) una novela de Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), publicada en 1774]. Más discutiblemente, nadie tiene derecho a seguir siendo amado, aunque algunos juristas defienden que la infidelidad matrimonial y sus consecuencias biológicas deberían dar lugar a una pretensión indemnizatoria a favor del cónyuge afligido por ellas.

- Parecidamente, varios aficionados a la práctica del noble deporte del rugby pueden decidir fundar un club deportivo, contratar un seguro de daños y comprometerse a no obligarse a responder recíprocamente por las lesiones causadas en el juego. En general y en derecho de contratos, las partes pueden excluir limitadamente su responsabilidad por accidentes. A cambio de ello, la ley puede exigirles que contraten un seguro obligatorio de accidentes y, en todo, caso prohíbe la exclusión de responsabilidad por daños causados dolosa, intencionadamente, o acaso también los causados por negligencia muy grave, rayana en el dolo.

- Tampoco responden los padres ante un hijo suyo por el hecho de haberle traído al mundo en condiciones tales que el hijo afirma luego que preferiría no haber nacido -o alguien lo dice por él, una asociación o una fundación, por ejemplo-. El derecho de familia obliga a los padres a cuidar al hijo precisado de ayuda, pero no concede a este una pretensión de daños contra aquellos. El derecho de daños se niega a comparar una vida dura, acaso invivible para muchos, con el vacío absoluto del nihilismo. Pero incluso esto también resulta polémico para

algunas personas que se niegan a traer hijos a este mundo, por no tener que convivir con seres temporalmente heterónomos y absolutamente dependientes, al tiempo que defienden que quienes lo hagan, respondan por ello en casos como el presentado aquí.

- La competencia, sumada al desarrollo tecnológico, es, literalmente, destrucción creadora: las tabletas han arrasado las librerías tradicionales del mismo modo que la bombilla de Edison acabó con las cererías y el motor de explosión con las caballerías, o que LED haya acabado con las bombillas incandescentes, y el motor eléctrico desplace al de combustión interna. Pero competencia no es competencia desleal. Es, simplemente, competencia. Causa daños, causa muchos más beneficios que daños, disloca comunidades, acaba con estilos de vida cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, pero, en una sociedad abierta, no impide que una comunidad resuelva libremente vivir al margen del desarrollo tecnológico y de la competencia misma (un claustro monástico, una comunidad de Amish, otra neorrural, etc.), eso también, de modo mucho más sencillo y probablemente menos rico que el del resto de los consociados.

- Heather Benning, un artista canadiense, se construyó una casa de muñecas de tamaño natural -una vivienda a cuatro vientos a la que le faltaba una pared-. Mucha gente incluyéndome a mí- admiró la obra. Pero al cabo de un tiempo Benning quemó la casa. Y, como sabemos, no se responde por los daños en cosa propia aunque las cosas de uno beneficien a terceros y su destrucción les cause pérdidas.

www.huhmagazine.co.uk

- Véase también Ai Wei Wei – Dropping a Han Dynasty Urn, 1995. https://i.ytimg.com/vi/CbHRU9k2zNA/maxresdefault.jpg

- Otros (¿malos?) ejemplos los dieron Claude Monet, Robert Rauschenberg, Francis Bacon, Gerhard Richter y muchos más (véase *10 Artists Who Destroyed Their Own Work*). Naturalmente, esta regla no rige si uno daña o destruye la obra de un tercero ("La Ronda de Noche", de Rembrandt o "La Pietà", de Miguel Ángel son dos casos notorios). Entre unos y

otros casos, se encuentran infinitos ejemplos de iconoclastia, tan vieja como la humanidad –las estatuas se erigen para ser derribadas- y, a largo plazo, casi siempre lamentablemente. Pero, a corto y medio plazo, los iconoclastas son aclamados por la muchedumbre. La oleada más reciente en nuestra cultura euroatlántica siguió al crimen mortal del que fue objeto George Floyd (1973-2020), el 25 de mayo de 2020, asfixiado por la rodilla de un agente de policía en Powderhorn, Mineápolis. Siguieron multitud de protestas y manifestaciones contra la discriminación racial sistémica practicada por la fuerza pública. Entre otras muestras de indignación, se derribaron, decapitaron o vandalizaron muchas estatuas asociadas por los manifestantes con la esclavitud, las colonizaciones, el abuso racial o la discriminación cultural. Cristóbal Colón o Winston Churchill son dos ejemplos que los lectores pueden ver en la red. También Miguel de Cervantes, cuya estatua había yo visto varias veces en el Golden State Park de San Francisco, fue pintarrajeada de rojo y el escritor tildado de "bastardo", un insulto suicida. Sigue una opinión personal, perfectamente discutible, pero que no suelo orillar: erigir estatuas en espacios públicos es una decisión que corresponde a las autoridades elegidas democráticamente. Igualmente lo es la de retirarlas. En el límite de la confrontación física siempre es menos malo enterrarlas que destruirlas. Los arqueólogos de dentro de dos mil años lo agradecerán. No hay pasión que dure tanto.

Estatua de Miguel de Cervantes en el Golden Gate Park de San Francisco (Estados Unidos), vandalizada (Reuters). Publicada por El Confidencial el 20 de junio de 2020 (Reuters).

- En general, el ejercicio legítimo de cualesquiera derechos fundamentales origina daños, pero son daños por los cuales el causante no habrá de responder. Una madre atea puede llegar a precisar asistencia psicológica, incluso puede enfermar seriamente, después de que su hijo entre en religión; y un padre puede pasar por lo mismo o peor porque su hija deja el oficio paterno, aborrece la ideología de los abuelos o abandona el país que les vio nacer a todos. Pero, afortunadamente, todo esto es ley de vida. Igualmente, mis vecinos pueden recibir a los amigos, comprar los productos, bajarse las series, ver las películas o ser socios de los clubes que detesto, practicar la religión, educar a sus hijos, colgar banderas de su balcón o votar de los modos más alejados a aquellos que considero apropiados para hacer real mi idea del bien común. Y así sucesivamente: (en una sociedad liberal no hay responsabilidad por el ejercicio de la libertad misma).

STS, 1ª, 270/2006, de 9 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 16.11.1991, Luis Manuel, quien jugaba a golf en el "Club de Golf Terramar" de Sitges, falleció tras recibir el impacto de una pelota lanzada por Ismael, que se encontraba en una calle distinta y separada de la de la víctima por una arboleda que impedía a ambos jugadores verse. El lanzamiento en cuestión había sido técnicamente incorrecto a causa del viento que soplaba en la zona.

Lucía, viuda del fallecido, en su nombre y en el de sus hijos menores, demandó a Ismael, al "Club de Golf Terramar", a "La Estrella S.A. de Seguros" y a "Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros", y solicitó una indemnización de 281.237 € de las tres primeras y de 1.803 € de la cuarta.

El JPI nº 2 de Vilanova i la Geltrú (22.5.1996) estimó en parte la demanda y condenó al pago de 111.908 €, con el límite de 1.803 € para "Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros". La AP de Barcelona (Sección 15ª, 12.5.1999) estimó los recursos de "Club de Golf Terramar", "La Estrella S.A. de Seguros" e Ismael, a quienes absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Lucía:

"La idea del riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materiales peligrosos, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, no organizativa, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto del de la culpa. Se asume el riesgo desde la idea de que se conoce y se participa de él y de que el jugador es consciente de que no existe en el desarrollo de una buena práctica deportiva, más allá de lo que impone la actividad en concreto, porque confía en la actuación de los demás" (F.D. 3º).

STS, 1ª, 122/2018, de 7 de marzo de 2018, MP: José Antonio Seijas Quintana

El 10 de mayo de 2013, la actora acudió al estadio de la Romareda para ver el partido de primera división Zaragoza-Atlético de Bilbao. Durante el calentamiento previo al partido y estando la actora sentada en su asiento, situado detrás de la portería, le golpeó en un ojo un balón lanzado desde el terreno de juego. La actora demandó al Real Zaragoza, C.D. y a Generali España, S.A. y solicitó una indemnización de 30.891,18 euros por los daños sufridos (no se detallan).

El JPI nº 19 Zaragoza y la AP de Zaragoza desestimaron la demanda. Según la SAP:

«No hay título de imputación que justifique que la entidad deba resarcir el daño causado. No es aplicable la doctrina del riesgo, ni tiene sentido alguno invocar una inversión de la carga de la prueba. La razón de que no exista un título de imputación es que el acudir como espectador de un partido de fútbol de un campeonato oficial, con equipos y jugadores profesionales, supone la asunción de un riesgo, que está ínsito en el propio espectáculo, de que por múltiples lances del juego los balones salgan despedidos hacia las gradas y golpeen a los espectadores (…)".

La actora interpuso recurso de casación y alegó infracción del art. 1902 CC y vulneración de la teoría del riesgo del organizador de espectáculos deportivos profesionales lucrativos en relación con el art. 217.3 LEC. Considera la actora que ella que era un mero espectador del partido de futbol y no participaba en el juego, situándose detrás de la portería sin que pudiera prever que el balón llegara a la grada con tal fuerza y le causara tan importantes lesiones como las sufridas.

El TS confirmó la SAP:

"En este caso no se produce causalidad jurídica. Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. La responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del juego, al que es ajeno. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder. Surge durante el calentamiento previo de los futbolistas donde es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el curso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder del daño.

Señala la parte recurrente que no bastan con las prevenciones establecidas en los reglamentos, por espesas que sean y por cabal que se demuestre su acatamiento, si, pese a ellas, acaece el evento dañoso, denotando imprudencia (sentencia 488/1986, de 17 de julio). Y aun cuando es cierto que, como reitera este Tribunal, puede no resultar suficiente justificación para excluir la responsabilidad la aplicación de las medidas previstas administrativamente, ello no quiere decir que siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los arts 1902 y 1903 CC (sentencias 780/2008, de 23 de julio (RJ 2008, 4622); 16 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7102).

La naturaleza del riesgo, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, serán elementos a tener en cuenta, como los tuvo la sentencia (JUR 2015, 197219) recurrida al analizar las consecuencias que resultan por la falta de redes en los fondos de la portería, y es que, además de tratarse de una situación conocida por los espectadores,

su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores".

La regla de no responsabilidad consigue básicamente dos cosas: potencia la libertad individual o colectiva por el procedimiento de demarcar o fijar los límites de las actividades por cuyo desarrollo y consecuencias no se habrá de responder, y ahorra de paso los costes de compensar accidentes, caso por caso, por responsabilidad civil, que es una institución jurídica muy cara de gestionar (típicamente por cada euro gastado en un caso litigado y ganado por el demandante, la mitad, cincuenta céntimos, se quedan por el camino).

Su contraria, una regla de responsabilidad absoluta y universal, por todos los daños derivados de la convivencia, del roce social, nos arruinaría a todos, nos paralizaría y la sociedad colapsaría en pocos años. Nadie defiende seriamente semejante totalitarismo del derecho de daños. No existe tal regla en ningún ordenamiento del mundo. Asombrosamente, muchos la piden. Sin pensar.

En el mismo orden de ideas, el principio de ausencia de responsabilidad se aplica con frecuencia a individuos, profesionales u organizaciones cuyo actuar genera simultáneamente beneficios y daños, de modo tal que los agentes han de buscar en cada caso conseguir un equilibrio razonable entre unos y otros. En el ejemplo clásico, los bomberos tienen que decidir con urgencia entre los daños del agua y los del fuego, y la policía entre los de la detención y la fuga. No siempre es fácil, los lectores interesados pueden consultar: Gerrit DE GEEST, "*Who Should Be Immune from Tort Liability", Legal Studies*, *Washington University in St. Louis,* Research Paper No. 11-02-04, 2011. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1785797.

STS, 1ª, 147/2014, de 18 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 3 de noviembre de 2009, se produjo un incendio en la vivienda propiedad del demandado, situada en Villarrobledo (Albacete) y, según el informe pericial de la Guardia Civil, el fuego se inició por la actividad de alguno de los ocupantes del inmueble o por los propios enseres almacenados en él. Uno de los bomberos que intervino en las labores de extinción del incendio sufrió heridas muy graves que determinaron su fallecimiento.

La viuda y dos hijos del fallecido reclamaron al propietario de la vivienda, con base en el art. 1902 CC, una indemnización de 116.369,65 euros para la viuda, y de 48.485,13 euros y 96.970,26 euros respectivamente para los hijos. El JPI (16.3.2012) estimó íntegramente la demanda. La AP (11.12.2012) estimó el recurso de apelación del demandado y desestimó la demanda. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y confirmó la SAP:

"Es cierto que en el incendio está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona la muerte del bombero con esta fuente de riesgo desaparece desde el momento en que inicia las labores propias de extinción y el propietario del inmueble queda al margen de actividad desarrollada en su interior, sin posibilidades de control de ningún tipo. La responsabilidad del propietario no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por el incendio que motivó la intervención de la víctima. El riesgo que esta persona crea se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente de peligro en el ejercicio ordinario de su profesión, con lo que el curso causal se establece entre el ejercicio profesional de este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el fuego, con la consiguiente

obligación de soportar las consecuencias de su actuación. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder pese al desgraciado y lamentable accidente sufrido por parte de quien pone su trabajo al servicio de la comunidad" (FD. 2º).

La doctrina del riesgo del profesional es pacífica: policías, bomberos, sanitarios y otros prestadores profesionales de servicios asumen el riesgo asociado a las contingencias ordinarias y extraordinarias del ejercicio de su profesión: gajes del oficio es la vieja expresión de esta doctrina. Como todas, conoce límites, pero es responsabilidad del juzgador justificar muy cuidadosamente su alcance, pues, de otro modo, el derecho naufraga en la justicia del caso, *Kadijustiz* (los lectores interesados en la dilucidación y desarrollo de este concepto harán bien en consultar la obra del gran Max Weber (1864-1920) y en leer Terminiello v. Chicago, 337 U. S. 1 (1949)): la racionalidad propia de un sistema económico avanzado no sobrevive a la justicia del caso).

2. Causación dolosa de daños (*Intentional Tort*)

La causación dolosa de daños a las personas o a las cosas es el supuesto más grave de responsabilidad extracontractual. Tanto es así que resulta difícil imaginar un supuesto de causación intencional de daños - sobre todo si tiene como consecuencia la muerte o las lesiones de la víctima - que no constituya un delito tipificado por el Código Penal, además de ser un ilícito civil. En (casi) todo caso, junto con la responsabilidad penal surgirá la civil, regulada en los arts. 109 y ss. CP, la cual con independencia de la anterior, obligará al imputado o a las personas de quienes dependiera a reparar los daños causados.

El dolo es grave en todos los sistemas jurídicos -históricos y contemporáneos- y es intuitivo que así sea:

- La probabilidad de causar dolosamente un daño suele ser mayor que la de causar el mismo tipo de daño con una conducta similar pero simplemente descuidada o negligente.

- El coste de causar daños aposta suele ser muy reducido en relación con la mayor parte de las personas o de las cosas (sobre todo si el dañador no tiene en cuenta las consecuencias que su acción tendrá para él mismo: piénsese en el terrorista o homicida que, al tiempo de cometer su crimen o inmediatamente después, se quitan la vida).

- Luego, el causante doloso de daños destruye riqueza dos veces: cuando se hace con el instrumento dañino y cuando lo usa.

- Finalmente, la psicología explica bien por qué los miembros de casi cualquier sociedad reaccionan de manera mucho más intensamente hostil contra quienes les causan daños de intento, a sabiendas y, a menudo, con la precisa voluntad de hacer daño. En el fondo, el principio básico de justicia correctiva, de retribución, en cuya virtud quien ha causado un daño -y sobre todo, quien lo ha causado a ciencia y conciencia- ha de pagar por ello está presente en todas las culturas históricas y contemporáneas (Neil VIDMAR, "Retribution and Revenge", en Joseph SANDERS/V. Lee HAMILTON [Eds.], *Handbook of*

Justice Research in Law, reprint of 1st ed. 2001, Kluwer Academic/Plenum Publishers, New York, 2010). El reto más serio al análisis económico del derecho de daños proviene de la psicología y de la psicología social, que muestran tanto que la conducta humana no siempre es económicamente racional como que la revancha, el rencor y el resentimiento forman parte de la condición humana. Otra cosa es que, paradójicamente, castigar pueda ser mucho más costoso para la víctima que perdonar y olvidar (Kevin M. CARLSMITH/Daniel T. GILBERT/Timothy T. WILSON, "The Paradoxical Consequences of Revenge", *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 95, No. 6, 2008, p. 1316–1324).

Una buena introducción reciente y analíticamente bien fundada es la Keith N. Hylton, *Tort Law. A Modern Perspective.* Cambridge University Press, 2016., capítulo 4. Los lectores interesados en desarrollos analíticos, históricos y comparados del derecho de la responsabilidad por dolo en el *common law* de Estados Unidos pueden acudir al *Casebook* de Richard A. EPSTEIN, probablemente el más culto de los tratamientos contemporáneos de la responsabilidad civil en el *Common Law* norteamericano, secundado por una de las más brillantes especialistas en la materia (la primera edición, a cargo de Harry Kalven, Jr, es de 1959. Ahora: Richard A. ESPSTEIN, Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 11th ed., Aspen Publishers, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2016, hay versión online) y los lectores europeos más interesados en una aproximación estrictamente normativa pueden leer: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third Torts: Intentional Torts to Persons, Preliminary Draft No. 3*, March 11, 2016. En la tradición mencionada del *Common Law* los *Intentional Torts* son, como señala el propio EPSTEIN, una mezcla curiosa de situaciones que incluyen los supuestos más obvios de causación intencional de un daño físico a la persona o a la propiedad, pero que abarcan también los denominados *Emotional and Dignitary Harms*, la difamación y la causación dolosa de daños emocionales. En Europa continental y singularmente en España, el derecho penal parasita la causación de daños físicos y crecientemente invade la de daños emocionales. El *Civil Law* siempre ha abordado con dificultad el *Trespass* y las fronteras entre la responsabilidad civil, la laboral, la administrativa y la penal por intrusiones en el ciberespacio son aún más borrosas si cabe. Un caso de referencia al efecto es *Intel Corp. v. Hamidi*, 71 P.3d 296 (Cal. 2003), en el cual se discutió si el envío inocuo de 35.000 correos electrónicos por el demandado, Kourosh Kenneth Hamidi, un antiguo empleado de la compañía Intel Corp., a sus trabajadores y en los cuales criticaba las prácticas laborales de la empresa constituía o no una intromisión ilegítima, un *Trespass* (ESPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 2012, pp. 14 y ss.). En otro caso famoso, también citado por EPSTEIN [*eBay v. Bidder's Edge, Inc*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000)], la compañía demandada había entrado en la base de datos pública de la compañía de subastas *on line* demandante con la finalidad de actualizar la información de la página web de aquella (ESPSTEIN / SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 2012, pp. 21 i ss.).

3. Culpa o negligencia (*Negligence*)

La causación de daños por culpa o negligencia, por descuidos más o menos graves, es decir, por no haber puesto en práctica, al desarrollar tal o cual actividad, las precauciones legal o razonablemente exigibles, es el supuesto básico de responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico: todos, individuos y organizaciones, estamos sujetos a deberes de cuidado, de precaución, y si, cuando llevamos a cabo una actividad los infringimos, habremos de responder civilmente

por los daños causados, es decir, tendremos que repararlos, normalmente, indemnizando al demandante.

Así, la negligencia se puede definir como infracción de deberes de cuidado impuestos por las leyes, los reglamentos y la costumbre en el sentido de las buenas prácticas de cada sector del tráfico. Los alemanes, en el ámbito de una cultura tecnológicamente muy avanzada hablan de *Verkehrspflichten* y conviene aquí la cita del comentario de referencia al BGB (Gerhard WAGNER, § 823, REBMANN, SÄCKER, RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, 5. Auflage, 2006, Rdn. 50 ff.)

Además de poderse definir como infracción de deberes de cuidado la negligencia puede caracterizarse como creación o incremento irrazonables de riesgos que los terceros no tienen por qué soportar: toda actividad humana comporta riesgos -si estoy resfriado y salgo de casa puedo contagiar a las personas que se acerquen a mí-, pero la mayor parte de los riesgos normalmente asociados a una conducta son riesgos permitidos -ni la ley ni los tribunales me obligan a quedarme encerrado en casa por un simple resfriado. Mi responsabilidad comienza allí donde el nivel razonable, socialmente admisible, económicamente sostenible, psicológicamente tolerable, éticamente soportable de riesgos sobrepasa el umbral de los riesgos permitidos -si soy un médico internista y he de trabajar en una unidad de cuidados intensivos, tal vez deba abstenerme de acudir a mi hospital si estoy muy constipado; si soy seropositivo de VIH, habré de abstenerme de tener contactos sexuales sin protección adecuada.

El enfoque del riesgo para integrar el concepto de deber de precaución está cabalmente expresado en el art. 7 (a) *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010 –*Restatement (Third), Physical Harm*-:

> "An actor ordinarily has a duty to exercise reasonable care when the actor's conduct creates a risk of physical harm".

Ambos enfoques apuntan a la idea de que el derecho delimita los riesgos, es decir, los daños potenciales que incluye dentro del ámbito de responsabilidad establecido por las leyes y por las demás fuentes primarias de responsabilidad (*Scope of Liability*, art. 6 *Restatement (Third), Physical Harm*). Así, el demandado habrá de responder por los daños que ha causado si estos son concreción del riesgo contemplado por la ley (*Harm within the Risk*) o si resultan del incumplimiento de los deberes de precaución también previstos por la ley.

La regla de la negligencia incentiva la adopción de precauciones razonables adecuadas en el agente de la actividad arriesgada, pero ninguna en sus víctimas potenciales (si el daño que éstas puede sufrir es efectivamente reparable, pues muchos no lo son y sus víctimas potenciales tratan por ello de evitar sufrirlos).

Con esta salvedad, la regla de la negligencia simple tiene en cuenta solo la conducta del causante potencial de daños, pero no la de su víctima potencial. Esta unilateralidad de la regla de la negligencia no es problemática en los supuestos de causación unilateral de daños, es decir, en aquellos en los cuales la víctima nada pudo hacer por evitar o paliar los daños que sufrió. En cambio, y como veremos en el capítulo 7, la regla de la negligencia unilateral no funciona bien en los casos de negligencia bilateral, es decir, en aquellos en los cuales la víctima pudo poner algo de su parte para evitar sufrir un daño o mitigar sus consecuencias.

Un caso, absolutamente claro, de negligencia unilateral es el que resolvió la **STS, 1ª, 813/1997, de 26 de septiembre, MP: Luís Martínez-Calcerrada y Gómez**, que volverá a aparecer en el capítulo 3: la víctima, una mujer de edad madura, se había sometido, a principios de año 1984, a una operación de extirpación de un quiste ovárico en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza. Un tornillo minúsculo (4x3 mm.) se soltó de uno de los aparatos empleados durante la intervención, pero ni el cirujano ni sus ayudantes se percataron de ello. Años después, la presencia del tornillo en el abdomen de la víctima fue detectada casualmente con ocasión de unas radiografías practicadas a la paciente después de que hubiera sufrido un accidente doméstico. En junio de 1987, a la actora le hubo de ser practicada una histerectomía, extirpación de útero al cual se había adherido el tornillo y por esta razón. Entonces, la víctima demandó al cirujano de la primera intervención y al Instituto Nacional de Salud (INSALUD) del que dependía. En la demanda solicitaba una indemnización de 60.000 euros, que le fue concedida por la primera instancia. La Audiencia Provincial de Zaragoza y el Tribunal Supremo desestimaron el recurso presentado por el INSALUD.

Otro ejemplo de negligencia médica -aunque se discutió en el caso si la negligencia del médico fue o no la causa de las lesiones del paciente- es el planteado y resuelto por la **STS, 1ª, 1152/2002, de 29 de noviembre, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz**. El cirujano demandado había intervenido quirúrgicamente, en diciembre de 1974, a un hombre de 34 años de edad para extirparle un tumor en su espina dorsal. Durante la operación, el cirujano dejó olvidada una gasa alrededor de la columna lumbar del paciente y, por ello, hubo de intervenirle de nuevo tres meses más tarde para retirarla. Con posteridad a esta segunda operación, el paciente presentó unas secuelas irreversibles que dieron lugar a su incapacidad permanente y demandó al cirujano una indemnización de 240.000 euros.

Un ejemplo sencillo acerca de que la responsabilidad civil del médico es exclusivamente por culpa es el resuelto por la **STS, 1ª, 138/2013, de 4 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana**. Un paciente había sufrido un infarto de miocardio y había sido ingresado en la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Rúber Madrid, donde se le habían practicado un cateterismo, una angioplastia y se le habían implantado varios *stents*. Una vez estabilizado, los médicos decidieron su traslado a planta donde sufrió un nuevo infarto, esta vez mortal. La viuda e hijos del paciente reclamaron a la clínica y a su aseguradora 240.000 euros. JPI y AP desestimaron la demanda: "[L]a parada cardíaca (...) no es debida a una mala praxis médica (...). [L]a agravación es inevitable, y es una consecuencia del estado del paciente y de la dolencia que padece (...) que es lo suficientemente importante y grave y puede desgraciadamente producir la situación de autos pero que en ningún modo es más que achacable a la propia enfermedad y las consecuencias desgraciadas de esta" (FD: 1º). El TS confirmó la sentencia de segunda instancia: el daño no había sido imputable al acto médico ni al funcionamiento del servicio sanitario (arts. 1544 CC y 148 TRLGDCU).

La regla de responsabilidad por negligencia permite controlar bien la calidad de la actividad, pero no siempre su cantidad, es decir, el nivel de la actividad misma. Esto último solo lo consigue si en el caso concreto la regla captura, además de las dimensiones cualitativas de la precaución, sus dimensiones cuantitativas (la calidad exigible de la actividad, pero también su nivel o cantidad, por ejemplo). Dicho sea a modo de ejemplo: un cirujano cabalmente precavido opera a sus pacientes de acuerdo con las reglas de la profesión médica, la *lex artis*, pero no trabaja 24 horas

seguidas sin descansar entre operación y operación, salvo en circunstancias excepcionales (guerras, catástrofes, epidemias).
Pero este curso ha sido escrito para introducir al estudiante de derecho en casos que no son sencillos, cuya solución no es es evidente. No hay que adelantar acontecimientos, pero puede verse un caso breve y nada obvio en el resuelto por la **STS, 1ª, 2016/2276, de 24 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana**: ¿a qué se debió la axonotmesis de la paciente, a la toxicidad del anestésico o a la punción del anestesista?

4. Responsabilidad objetiva o por riesgo.

La cuarta regla es la responsabilidad objetiva o por riesgo, en cuya virtud el demandado responde por los daños que ha causado simplemente por haberlo hecho aunque no haya habido ningún género de culpa o negligencia, es decir, ninguna infracción de deberes, ningún incremento irrazonable de riesgos.

La responsabilidad objetiva se llama, en inglés, *strict liability*: "*injurers must pay for all accidents losses that they cause*" (SHAVELL, *Foundations*, p. 179). Los alemanes hablan de *Gefährdungshaftung,* responsabilidad por riesgo. Y los italianos, de *responsabilità per rischio*. En España, algunos autores escriben "responsabilidad objetiva" y otros "responsabilidad por riesgo". En este e-libro se sigue la primera convención.

En el derecho comparado propio de culturas tecnológica y económicamente avanzadas, el criterio más común de adopción de la responsabilidad objetiva exige una decisión legal que la imponga o una jurisprudencia estable. En el derecho español, la regla general de defecto en derecho privado es la responsabilidad por culpa del art. 1902 CC -pero, por razones históricas y por influencia del derecho de la expropiación forzosa, la responsabilidad objetiva es el principio general del cual partió el legislador administrativo al establecer la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el art. 32 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Así, el derecho privado español parte de un principio general de responsabilidad por culpa y otro de responsabilidad objetiva. Sin embargo, la responsabilidad objetiva como principio general es punto menos que impracticable: no explica la responsabilidad por omisión, que siempre lo es por infracción de deberes de actuar, y en la misma práctica judicial cotidiana las soluciones a las que llega la sala tercera del Tribunal Supremo, la cual parte del estándar de responsabilidad objetiva, son similares a las adoptadas por su sala primera, que lo hace de otro de negligencia. Dicho en términos aproximados, sería contrario al buen sentido que el paciente de una clínica privada dispusiera únicamente de una pretensión por daños culposos mientras que el de un hospital público tuviera una pretensión por responsabilidad objetiva; o que el alumno de una escuela privada estuviera sujeto a un régimen distinto al de una escuela pública.

Esta cuestión, indudablemente una de las más complejas de este curso, se analizará a lo largo de varias de sus sesiones. Baste aquí con dejar apuntado que los distintos regímenes de responsabilidad deberían establecerse por sectores o tipos de actividad, pero no por la condición, pública o privada, de quienes la llevan a cabo. Con las salvedades que iremos viendo, el principio general es que una actividad que pueden llevar a cabo tanto agentes públicos como privados ha

de estar sujeta a un mismo régimen de responsabilidad por daños. A igualdad de actividad y de riesgo generado por ella corresponde igual estándar de responsabilidad y, desde luego, dada una actividad más o menos peligrosa no hay ningún problema en sujetarla a un estándar mixto, de negligencia y de responsabilidad objetiva, como es el caso de los accidentes de circulación (el art. 1 Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el RDL 8/2004, establece un estándar de negligencia para los accidentes con resultado de daños materiales y uno de responsabilidad objetiva para aquellos que causen daños personales).

La regla de la responsabilidad objetiva incentiva a los causantes potenciales de daños a adoptar los niveles requeridos (por la ley o por la jurisprudencia) de precaución, pero no incentiva a sus víctimas potenciales a adoptar ningún género de cuidado (siempre que los daños puedan ser reparados sin demasiados problemas, pues muchos no pueden serlo completamente y algunos no lo pueden ser de ninguna manera: solo se muere una vez, por ejemplo), pues por diligente que haya sido el causante de los daños este responderá por las consecuencias dañosas que se deriven de su actuación. Asimismo, la responsabilidad objetiva permite controlar no solo la calidad de la precaución de los agentes de actividad, sino también su nivel mismo de actividad, también la cantidad, por tanto, de precaución.

En derecho español, los supuestos legales más importantes de responsabilidad objetiva son:

- Administraciones públicas: arts. 32 a 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

- Accidentes de circulación: Real Decreto Legislativo 8/2004**,** de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

- Animales: art. 1905 CC.

- Caza: art. 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza

- Objetos que se arrojen o caigan de una casa: art. 1910 CC

- Energía nuclear: art. 45 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear.

- Medio ambiente: Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

- Navegación aérea: art. 120 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea

- Productos defectuosos: Art. 1 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos; arts. 128 y ss. RDL 1/1007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

- Responsabilidad del propietario por los humos excesivos nocivos para las personas o las propiedades y caída de árboles colocados en sitios de tránsito: art. 1908. 2º y 3º CC.

STS, 1ª, 372/2020, de 29 de junio, MP: Eduardo Baena Ruiz.

En un tramo del Camino de Santiago, a su paso por la Comunidad Autónoma del País Vasco, un árbol -plantado en un terreno de propiedad privada y situado a menos de tres metros del borde del camino- se desprendió y cayó sobre el camino. Consta que ese día soplaba un fuerte viento. La caída del árbol provocó el accidente de un motorista que circulaba en ese momento por el camino, quien resultó con lesiones medulares y cerebrales graves y paraplejia. El lugar donde estaba plantado el árbol forma parte de una servidumbre de utilidad pública establecida por el Decreto 2/2012, de 10 de enero, a favor de

El camino privado en que está plantado el árbol forma parte del trazado viario que sirve como soporte del Camino de Santiago y de la servidumbre de utilidad pública establecida en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se califica como Bien Cultural Calificado, con la categoría de Conjunto Monumental, el Camino de Santiago a su paso por la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En la norma citada, se define "trazado viario como soporte del Camino" al "conjunto de pistas, caminos, caminos históricos, carreteras y calles por los que discurre el itinerario del Camino de Santiago a su paso por la Comunidad Autónoma" (art. 10.1). Por su parte, el art. 12 del Decreto define distintas zonas de protección dentro de este trazado viario. En oncreto, se define una "zona de servidumbre" (art. 12.2) como "una franja de terreno paralela a cada lado del Camino en una anchura de 3 metros medidos desde el borde de la explanación en que se asiente el Camino". En la zona de servidumbre están prohibidas las actividades de explotación minera, movimientos de tierra, y de construcción (art. 13.1.2). También es relevante el art. 10.5 del Decreto: "Serán las Administraciones competentes en función del tipo de trazado viario soporte del camino, las encargadas de velar por su buen estado y conservación, adoptando las medidas aportunas para evitar el deterioro o destrucción de los tramos del Camino y realizando las funciones concretas de conservación y protección del mismo que le sean propias".

El mortorista y su madre reclamaron una indemnización de 1.310.210,40 euros y de 1.377.082,40 euros, respectivamente, a la propietaria de la finca y a su entidad aseguradora Mapfre.

La SJPI estimó en parte la demanda y condenó a ambos demandados al pago de 550.292,47 euros y 49.707,53 euros, respectivamente. Consideró que procedía imponer responsabilidad a la propietaria del terreno y a su compañía aseguradora, con base en el art. 1908.3 CC, porque no había resultado demostrada la existencia de fuerza mayor ni culpa exclusiva de la víctima en la producción del siniestro. No obstante, consideró que la víctima había interferido en el siniestro por la situación de riesgo en que voluntariamente se había colocado al realizar la actividad en una pista forestal en un día desapacible y de fuerte viento, lo que determinaba, según el Juzgado, la apreciación de compensación de culpas, que se ponderó en un 70% para la propietaria de la finca y en un 30% para el accidentado.

Mapfre interpuso recurso de apelación contra la SJPI y alegó, entre otros motivos, falta de legitimación pasiva porque la hipotética responsabilidad debería recaer sobre la Diputación Foral

de Bizkaia y no sobre la propietaria del terreno, pues corresponde a la Diputación, de acuerdo con el Decreto 2/2012, velar por el buen estado y conservación del camino.

La SAP estimó el recurso de apelación de Mapfre y apreció la falta de legitimación pasiva de las codemandadas. Según la SAP la demanda debió dirigirse contra la administración pública como beneficiaria de la servidumbre establecida legalmente, por su condición de titular del predio dominante. Argumentó que se había modificado el fin y destino del camino, el cual había pasado de ser una pista forestal dirigida a facilitar el acceso al monte para su explotación, a un lugar de tránsito ordinario para personas y vehículos. Si la norma incluye como zona de protección una zona de servidumbre para proteger el Camino, podría pensarse que fuese también para la protección de los usuarios del mismo. La caída de árboles o ramas de estos, sitos en la zona de servidumbre, no sólo entorpecería el tránsito y dañarían el camino, sino que, lo que es más grave, harían peligrar la integridad física de los peregrinos.

La parte demandante interpuso recurso de casación y alegó la infracción del art. 1908.3 CC, de la doctrina de la solidaridad impropia y del art. 550 CC – "todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan y, en su defecto, por las disposiciones del presente título".

El TS sólo admitió este último motivo, porque es el que discrepaba de la ratio decidendi de la sentencia.

Según la parte recurrente, el Decreto 2/2012 sólo prohíbe a la propiedad colindante ciertas actividades concretas que podrían deteriorar el Camino de Santiago, pero no el mantenimiento y cuidado de la finca. Destaca que la zona de servidumbre no es zona de dominio público y que el objeto de protección es la conservación de un camino histórico, pero no el mantenimiento de la seguridad del mismo.

Para el TS, es cuestionable la argumenación de la AP, que además debería hacerse con cautelas, porque la Administración no es parte y no había podido defenderse de esa interpretación y ofrecer otra con la que contrastar. Además, concluyó:

"[L]o que es cierto e incuestionable es que el árbol, cuyo desplome ocasionó el siniestro, pertenecía a la demandada, así como que permaneció plantado por esta en la zona en la que después se constituyó la servidumbre y, por ende, a menos de 3m desde la arista exterior del camino.

Solo con este dato es suficiente para considerar justificado que la dueña del árbol pueda ser demandada para exigírsele responsabilidad por el siniestro enjuiciado.

Por tanto, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, no es posible negarle legitimación para soportar la acción de responsabilidad civil que se ha dirigido contra ella, sin perjuicio de que en el marco de sus relaciones con la Administración puede ejercer contra esta, en su caso, las acciones que entienda que le asisten si considera que ha propiciado de algún modo su responsabilidad".

El TS estimó el recurso de casación y ordenó la devolución de las actuaciones a la AP para decida sobre el resto de los motivos del recurso de apelación.

STS, 1ª, 581/2007, de 28 de mayo, MP: Encarnación Roca Trías.

José Augusto trabajaba como retén de incendios forestales para "TRAGSA", sociedad que había contratado con "HELICSA" los medios aéreos para la campaña 1991-92. El 18.9.1992, a causa de una tormenta, el helicóptero que transportaba a José Augusto se vio afectado por una turbulencia, chocó contra la ladera de una montaña y se incendió. Como consecuencia del accidente, José Augusto resultó herido y sufrió una incapacidad permanente total.

José Augusto demandó a "HELICSA" y a su aseguradora, "Allianz", en solicitud de una indemnización de 135.040,03 €.

El JPI de Purchena (23.9.1998) estimó la demanda. La AP de Almería (Sección 2ª, 31.3.2000) estimó en parte el recurso de apelación de los demandados, condenándoles a pagar 18.030,36 €.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por José Augusto e incrementó el importe de la indemnización a 21.035.42 €. Si bien el accidente aéreo constituyó un caso fortuito, sostuvo el Tribunal, el transportista está sujeto a un régimen de responsabilidad objetiva con limitación del quantum indemnizatorio que no admite moderación alguna por los tribunales (art. 120 Ley de Navegación Aérea).

Compárese esta resolución con la **STS, 1ª, 595/2012, de 23 de octubre, MP: Francisco Marín Castán**: el demandante, aprendiz de piloto, resultó herido en un accidente ocurrido durante un examen de vuelo mientras otro aspirante estaba a los mandos, no obtuvo indemnización al no ser considerado pasajero. El tribunal concluyó que "la asunción del riesgo de volar tiene mucha más intensidad para los aspirantes a la licencia que para los pasajeros de líneas aéreas o aeronaves autorizadas para el transporte de viajeros, ya que mientras que en el transporte la regla general es evitar maniobras arriesgadas, en cambio la enseñanza del vuelo y los exámenes correspondientes comportan por sí maniobras que simulen situaciones apuradas (…). Se produce así (…) una asunción de riesgos compartidos por todos los tripulantes de la aeronave que no permite imponer a su propietaria (…) un régimen de responsabilidad objetiva" (FD 3º). La diferencia de criterios se explica si se tiene en cuenta la doctrina del riesgo del profesional que hemos expuesto más arriba en este mismo capítulo.

STS, 1ª, 1243/2007, de 4 de diciembre, MP: Francisco Marín Castán.

El 21.7.1989, una mujer de 65 años de edad, falleció como consecuencia de ser golpeada en la cabeza por una maceta que, durante un fuerte temporal de viento, cayó desde el quinto piso de un inmueble de Madrid. La propietaria había dado en arriendo el inmueble a Carina y tenía contratado un seguro multirriesgo de comunidades de propietarios con "AGF Unión Fénix, S.A.".

Bernardo, viudo de la fallecida, demandó a Romeo, Luis Enrique y Lourdes, viudo e hijos de la propietaria del piso, "AGF Unión Fénix, S.A." y Carina, arrendataria del piso, y solicitó una indemnización de 90.151,82 €.

El JPI núm. 58 de Madrid (11.7.1997) estimó en parte la demanda, condenó a Carina a pagar 48.080,97 € y absolvió al resto de demandados. La AP de Madrid (Sección 13ª, 12.7.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por Carina y estimó el de Bernardo en el sentido de condenar a todos los demandados a pagar 60.101,21 €.

El TS estimó los recursos de casación interpuestos por Romeo, Luis Enrique, Lourdes y la aseguradora, a quienes absolvió. La propietaria no había incurrido en negligencia por no haber advertido a la inquilina del peligro que representaban las macetas, pues exigirle tal deber supondría "(...) la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión en la conducta del inquilino" (FD 2º). En términos jurídicos, esta doctrina se explica si se tiene en cuenta que el poseedor inmediato del piso o local es el inquilino, no el propietario arrendador. Y en términos económicos, el coste de evitar el daño es muy reducido para el inquilino, mucho más elevado para el propietario, quien, de entrada y en defecto de pacto, carece de libre acceso a las viviendas que alquile, sin permiso del arrendatario. ¿Por qué no se aplica la misma doctrina a un establecimiento hotelero si uno de los huéspedes del hotel deja caer o arroja un objeto por el balcón y alguien resulta herido?

5. Continuidad de las reglas de responsabilidad. Responsabilidad absoluta

La exposición sucinta de cuatro grandes reglas de responsabilidad civil -ausencia de responsabilidad, responsabilidad por dolo, responsabilidad por negligencia y responsabilidad objetiva- permite ordenar a su vez la exposición del derecho español de la responsabilidad civil que se adecua sustancialmente a esas cuatro grandes reglas.

Sin embargo, no hay discontinuidades entre las cuatro reglas, pues la transición entre los supuestos de hecho de cada una de ellas es más gradual que categórica. Así, la regla de la ausencia de responsabilidad parte de un principio general de libertad, pero esta no puede ejercerse de modo abusivo, en particular, cuando el abuso es doloso y se ceba en personas u organizaciones determinadas. El dolo limita así zonas grises de influencia de la regla de ausencia de responsabilidad.

Igualmente la regla de la responsabilidad por dolo limita con la regla de la negligencia en otra zona gris: el dolo eventual o la responsabilidad por culpa grave, *culpa lata*, e incluso los romanistas llevan siglos enseñándonos que las fronteras entre la *culpa latior* y el dolo son extraordinariamente difusas, es la *recklessness* del *Common Law*, la desconsideración pura y simple. Para la regla de la negligencia grave, véase capítulo 3, epígrafe 8.

Luego, la regla de la negligencia se solapa con la de la responsabilidad objetiva, y ésta con aquélla, al menos por dos razones: en primer lugar, con frecuencia se presume la negligencia y la carga de probar su ausencia puede resultar muy gravosa de sobrellevar, con lo cual el régimen legal práctico es de responsabilidad objetiva, o, al revés, se limita con criterios de imputación objetiva la responsabilidad objetiva y en algunos casos ésta deviene indistinguible de la responsabilidad por negligencia.

Finalmente, el espacio exterior a la responsabilidad objetiva es también difícil de delimitar pues en bastantes casos el derecho comparado y el español no solo prescinden de la relevancia de la negligencia del causante del daño sino que llegan a prescindir también, al menos presuntivamente, de la exigencia de prueba de la relación de causalidad, cuando se trata de la responsabilidad de conductas típicas con las cuales se asocia normalmente la producción del efecto dañoso (contaminación, contagio…). En el límite, están los supuestos de responsabilidad absoluta que, en todo caso, deben ser analizados con mucha prudencia, pues pueden degenerar en un derecho de autor. Ni siquiera en uno de actos si la exención de la prueba de la causalidad se extiende a la realización de la conducta misma. El derecho puro del autor no es tal, es solo una perversión.

En la responsabilidad objetiva se prescinde de la negligencia, es decir, de la infracción de deberes de cuidado y se responde, como hemos dicho, por la simple causación de un daño. En la responsabilidad absoluta se prescinde no solo de la negligencia sino también de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño, de manera que el agente responde por la mera realización de una actividad típica.

Los lectores interesados en el deslinde entre las reglas de responsabilidad por negligencia y responsabilidad objetiva, pueden consultar la STS, 1ª, 185/2016, de 18 de marzo, MP: Fernando Pantaleón Prieto (RJ 9834). En el caso, el demandante, cliente de la discoteca explotada por la compañía demandada, había sufrido lesiones al pisar un cristal roto en la entrada de los baños del local y reclamaba una indemnización de 11.393,91€.

El JPI desestimó la excepción de prescripción extintiva de la acción y estimó en parte la demanda y condenó a la demandada al pago de 10.937,37 euros.

La demandada interpuso recurso de apelación. La AP estimó la excepción de prescripción que la demandada apelante había reproducido y desestimó la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación. El Tribunal estimó el recurso, casó la SAP y confirmó la SJPI. Véanse los fundamentos de derecho 5º y 6º:

" [L]a objeción de fondo que la compañía Macumba dirige, en su recurso de apelación, contra la resolución del Juzgado *a quo* suscita las importantes cuestiones de si la responsabilidad civil extracontractual es, y en qué medida, subjetiva o por culpa u objetiva o por riesgo; de cuál sea el nivel de pericia y diligencia exigibles para no incurrir en culpa; y de la distribución de la carga de prueba sobre la existencia o no de culpa (…)

A la luz de los datos normativos y la muy nutrida doctrina jurisprudencial que, durante la última década, ha establecido esta Sala sobre las expresadas cuestiones [entre muchas (…) SSTS 566/2015, de 23 de octubre (Rec. 2213/2013) (…) y 639/2015, de 3 de diciembre (Rec. 558/2014) (…)], las tesis esenciales al respecto pueden enunciarse como sigue:

1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC (…), el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley (…)

2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico».

3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia (…)

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC (…). Del tenor del artículo 1902 CC (…), en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC (…)) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC (…) .

5. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC (…), el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte".

6. "La Lleona de Girona" o "El Cul de la Lleona" (Rèplica de l'original, Plaça de Sant Feliu, Girona)

El Ayuntamiento de Gerona instaló en 1986 y en la plaza de Sant Feliu una réplica de la escultura "El cul de la lleona", expuesta en el Museo de Arte de Girona, y colgó una placa que explica que se trata de una escultura popular medieval del románico del s. XI y que en aquella época, en la casa de la vila, se llevaba a cabo un acto que consistía en que "per rebre un nou ciutadà, se li feia besar el cul de la lleona com a acatament i respecte a la ciutat. Era un divertiment oficial polític de reconeixement com a gironí".

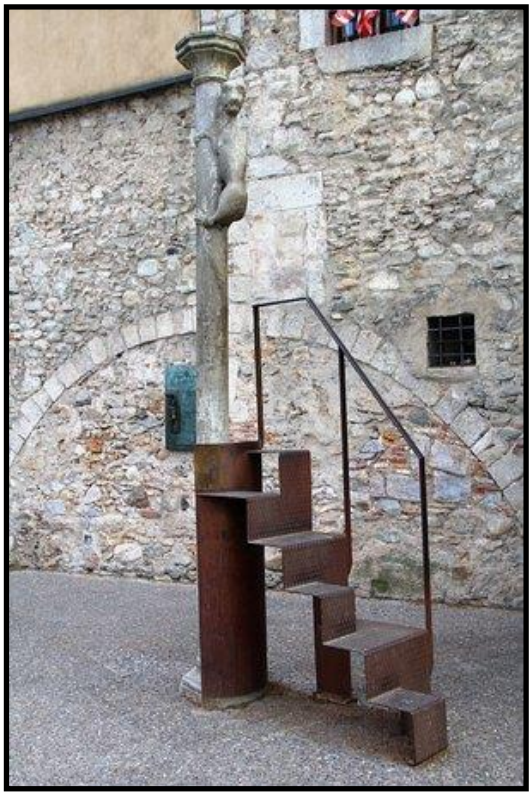
En 1995 el Ayuntamiento colocó una estructura junto a la columna (foto 2) para facilitar el acceso a la escultura.

En 2015, un turista francés, de 75 años de edad, que había subido por la estructura para cumplir con la tradición, se cayó y sufrió un fuerte traumatismo en la cabeza que le causó la muerte. Puede oírse una breve descripción de los hechos en **"Girona retira les escales del cul de la lleona després de la mort d'un turista".**

El 9 de diciembre de 2016, una señora de 55 años, que también subió por la estructura para cumplir con la tradición, se cayó mientras bajaba y sufrió una fractura del radio de un brazo. Tras este accidente, el Ayuntamiento sustituyó la estructura existente por una escalera (foto 3).

Escultura sin escalera (1986-1995)
hostals.blogstpot.com

Escultura con escalera (1995-2015)
ca.wikipedia.org



Escultura con estructura (2016-). Tripadvisor.it

La víctima del último accidente descrito presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Girona en la que solicitó una indemnización de 68.217,59 euros por los daños sufridos. En el marco de este procedimiento, la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya ha emitido el dictamen preceptivo 263/2019 y ha resuelto que es procedente estimar la reclamación en 5.041,17 euros, porque considera que la víctima había contribuido al accidente de una manera importante y ha valorado su contribución en un 80%:

"A fi de determinar si existeix o no nexe de causalitat, és extremadament rellevant l'informe que emet la cap del Servei de Planejament i Llicències en Zones d'Especial Protecció i PLU. La tècnica municipal explica els orígens de l'escultura i assenyala que "és molt antic el fet que amb la gent de fora de la ciutat es feia la broma de fer-los enfilar per la columna i fer un petó al cul de la lleona". A més, informa del següent:

'L'Ajuntament ha recuperat la tradició d'enfilar-se a la columna. Al principi la gent pujava per la mateixa columna fins que aquesta començava a patir desperfectes i era difícil pujar-hi per fer aquest petó.

Ara l'Ajuntament ha col·locat una mena de moble o peça que protegeix la columna i a la vegada permet enfilar-se per la columna amb més facilitat. En cap cas són unes escales, es veu a simple vista que només serveix per protegir la columna i facilitar a qui vol fer un petó al cul de la lleona amb la dificultat que això suposa amb un punt de recolzament. Per tant, en no ser unes escales, no ha de ajustar-se a cap normativa d'accessibilitat.

La peça que envolta la columna és sobretot una protecció de la mateixa escultura i permet enfilar-se sense abraçar la peça com era la tradició. Hem recuperat la tradició, no hem fet un accés adaptat al Codi d'accessibilitat. Qui s'enfila per la columna ja veu que no són escales, és un simple punt d'ajuda i protecció per una acció difícil'.

La conclusió que resulta d'aquest informe és que l'Ajuntament coneix que el "cul de la lleona" funciona com a atracció turística per als visitants i que la seva fesomia actual és fruit de l'actuació municipal específicament adreçada a permetre el bes sense que es malmeti l'escultura, tot i que aquesta sigui una rèplica de l'original. I, a més, es reconeix que aquesta estructura en forma d'esglaons adreçada a permetre que els visitants besin l'escultura no compleix el codi d'accessibilitat. Finalment, la tècnica reconeix que l'accés és difícil: es parla de "dificultat" i de "difícil".

Per tant, l'Ajuntament és sabedor de la pràctica dels visitants i l'estimula, tot posant un sistema de graons que ajudi a arribar al "cul de la lleona"; però sense complir cap normativa, la qual cosa és tant com dir que s'accepta l'existència d'un risc per als ciutadans que són encoratjats a aquest ritual "difícil". Per molt que es digui que no és una escala, sembla una escala i serveix per al mateix que serveix una escala. És a dir, existeix un fonament per a atribuir a l'Ajuntament de Girona la responsabilitat dels danys que puguin patir els ciutadans quan compleixen aquest ritual: es tracta d'una activitat no només coneguda, sinó fomentada com a atractiu turístic de la ciutat, però sense que s'hagin observat les normes d'accessibilitat. De fet, qualsevol fotografia de l'escultura permet veure que l'estructura per a acostar-se al "cul de la lleona" està composta de fins a sis graons, tres

molt estrets i tres un xic més amples, amb una barana en un dels costats. Tampoc existeix cap advertiment al lloc sobre la perillositat dels esgraons.

Tanmateix, aquesta estructura és prou evident a simple vista. No es tracta d'un lloc de pas per on han de circular habitualment els vianants, sinó que cal enfilar-s'hi expressament. No es tracta que, en el caminar normal, el ciutadà topi amb un defecte al paviment o en unes escales, sinó d'algú que intenta complir un ritual propi dels visitants de Girona, que consisteix a pujar per aquests graons que la mateixa reclamant descriu com a molt estrets i que conformen un conjunt "bastante endeble". Res obligava la reclamant a besar l'escultura. Ho va fer a les 13.00 hores, o sigui, a plena llum del dia, sense que manifesti circumstàncies meteorològiques adverses que poguessin afectar-ne la percepció; en conseqüència, conscient que l'estructura no era segura. Per tant, va assumir un risc evident, que es va materialitzar amb la caiguda. En altres paraules, la reclamant va contribuir causalment, i d'una manera decisiva, en la producció de l'accident" (Fonament Jurídic IX.2).

Capítulo 3
Negligencia (I): Circunstancias de la negligencia

1. La negligencia como infracción de deberes de precaución 69
2. De los casos claros de negligencia a los complejos, difíciles y discutibles, y de estos a aquellos en los cuales no hay responsabilidad por negligencia..... 71
3. Circunstancias personales del demandado 78
3.1. Edad y estado de salud 78
3.2. Responsabilidad civil de incapaces y menores en derecho español 79
3.3. Material complementario: edad, salud y responsabilidad civil en el derecho comparado 81
4. Riqueza del demandado 83
5. Conocimientos especiales y habilidades particulares del demandado 85
6. Circunstancias personales de la víctima 86
7. Situaciones de peligro que requieren acción inmediata: Sudden Emergency doctrine 86
8. Negligencia grave. 87

1. La negligencia como infracción de deberes de precaución

> "El retorno a la culpa como criterio de imputación: "el Tribunal Supremo ha vuelto a los criterios de imputación subjetiva" [a la culpa como criterio general por oposición a la responsabilidad objetiva].
>
> Encarna ROCA TRIAS/Mónica NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños*, 6ª ed., 2011, pp. 27-28

El artículo 1902 del código civil español de 1889 dice: "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". El viejo precepto del código civil presupone así un concepto de negligencia que no define.

En la jurisprudencia y la doctrina, tanto españolas como comparadas, negligencia se define como infracción de deberes de precaución o de cuidado o, si se prefiere, como incremento irrazonable del riesgo.

La ley, los reglamentos o los tribunales especifican niveles razonables de precaución o cuidado para tales o cuales actividades humanas, cuya inobservancia por parte del causante de daños llevará a que haya de asumirlos y compensar a la víctima o al perjudicado.

La jurisprudencia parte siempre de la resolución de un caso concreto y para hacerlo pone de manifiesto cuales son los criterios normativos en virtud de los cuales juzga que la conducta del demandado infringió o no deberes de cuidado cuyo cumplimiento era o no exigible en el ámbito de la actividad que había llevado a cabo.

Así, por ejemplo, el caso de la **STS, 1ª, 679/2010, de 10 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana,** resuelve un supuesto de responsabilidad civil médica por error de diagnóstico y, al hacerlo, identifica un deber de precaución del médico general consistente en la remisión del paciente a un facultativo especialista ante determinadas sintomatologías.

El 12.12.1996, Eva se sintió súbitamente enferma, perdió el habla, sintió cosquilleos con adormecimiento y pérdida de la fuerza en el brazo derecho. Acudió al Hospital General de Caranza, donde fue atendida de urgencias por el médico de guardia Pío, quien le diagnosticó una bajada de azúcar, le inyectó glucosa y le dio de alta. Tres días después, Eva volvió a presentar los mismos síntomas y acudió nuevamente al mismo servicio de urgencias, donde fue atendida por el doctor Luis Miguel, quien ordenó su ingreso. En la madrugada del día siguiente, ante la situación de la paciente, el doctor Carlos decidió trasladarla a un nuevo centro hospitalario donde se le pudo realizar un TAC. En el nuevo centro se le diagnosticó un infarto isquémico cerebral. Como consecuencia de ello, Eva quedó con una afasia de tipo motor, problemas en el habla, alexia, agrafía, parálisis espástica de extremidad superior derecha con contractura en flexión de dedos y parálisis espática en la extremidad inferior derecha.

Eva demandó a los médicos Pío, Luis Miguel, Carlos, al "Hospital General de Caranza Ferrol" y a las compañías de seguros "Compañía de Seguros Aegon" y "Compañía de Seguros Ama Previsión Sanitaria S.L." y solicitó una indemnización de 780.000 euros por los daños y perjuicios sufridos.

EL JPI núm. 6 de Ferrol (16.2.2004) desestimó la demanda. La AP de La Coruña (Sección 5ª, 4.12.2006) desestimó el recurso de apelación.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por la actora y condenó a Pío y a las compañías de seguros (a estas hasta el límite de los seguros concertados) al pago de 235.112,98 euros. Se deberían "haber agotado los medios que la ciencia médica pone a su alcance para determinar la patología correcta cuando era posible hacerlo, como manifestó el propio perito, bien mediante la realización de las pruebas pertinentes, bien previa consulta de algún especialista en neurología si por razón de la especialización de quien en esos momentos le atendía (medicina general), no estaba en condiciones de detectar y prevenir un ictus en evolución. Faltaron en el caso los conocimientos médicos necesarios para hacer posible el diagnóstico que hubiera prevenido o evitado la obstrucción completa de la arteria carótida a partir de una previa sintomatología neurológica que no fue detectada por el médico de guardia, como "sin duda" lo habría hecho el perito, lo que a la postre no viene sino a indicar que cualquier otro médico con una base mínima de conocimientos para estos supuestos o supliendo sus carencias mediante un consejo médico complementario, habría detectado de inmediato la razón de su ingreso y le hubiera proporcionado con la urgencia y diligencia necesaria todos los medios curativos de que disponía" (FD 2º). Obsérvese que la paciente había acudido a un hospital general y que, en todo caso, el Tribunal hace suyo el dictamen pericial según el cual la ciencia médica implica que el facultativo a cargo de la urgencia identifique el problema médico o, al menos, derive al paciente a un especialista.

En los párrafos anteriores hemos definido el concepto de culpa o negligencia. Distinta a la anterior es la cuestión, ya aludida en otros capítulos de este libro, sobre los elementos del *tort* de *negligence, en el Common Law: act/ommission, duty of care and breach of that duty, causation and harm*.

2. De los casos claros de negligencia a los complejos, difíciles y discutibles, y de estos a aquellos en los cuales no hay responsabilidad por negligencia

En la práctica jurisprudencial hay casos meridianamente claros de infracción del deber de cuidado o que por lo menos lo eran en el momento y circunstancias del accidente. Otros, en cambio, son más complejos de decidir. Unos terceros son difíciles o muy difíciles de resolver -*hard cases make bad law*- ; en relación con unos cuartos, lo único claro es que hay mucho por discutir,pues la decisión puede inclinarse por cualquier lado de la balanza. Finalmente, hay casos en los cuales el tribunal estima que no hubo alguna negligencia en el comportamiento del demandado, acaso porque, a diferencia de la visión del derecho de George R.R. Martin, los juicios a veces han de finalizar con una sentencia absolutoria.

La (menor, mayor, extrema) dificultad suele provenir de que los criterios para estimar o rechazar la negligencia son muchos y muy diversos entre sí. Escoger solo uno de los utilizados permite ordenar la exposición pero a costa de simplificar mucho el discurso. Así, si se asume que el objetivo principal del derecho de daños es minimizar los costes de los accidentes (como hicimos en Pablo SALVADOR, Carlos GÓMEZ, "El Derecho de Daños y la Minimización de los Costes de los Accidentes", *InDret* 1/2005 (www.indret.com)), entonces ordenar los casos del más claro y fácil al más oscuro y difícil es sencillo:

1. En un primer caso resuelto por la **STS, 1ª, 577/2012, de 17 de octubre**, **MP: Francisco Marín Castán,** la empresa Talleres Ballespí SL instaló en 2005 una puerta corredera de hierro -de 6,050 metros de ancho por 4,015 de alto- en el cementerio municipal de Lleida. Cuatro días después de la instalación, a primera hora de la jornada laboral, Simón, trabajador de 48 años empleado por Pintura y Decoración SL, comenzó a pintar la puerta y ésta se salió de la guía superior, le cayó encima y le causó un traumatismo torácico y múltiples fracturas, a resultas de las cuales fue declarada su incapacidad permanente absoluta.

   El trabajador demandó a Talleres Ballespí SL y a su aseguradora Reale Seguros Generales SA y solicitó una indemnización de 172.911,84 euros. El JPI núm. 6 de Lleida desestimó la demanda por sentencia de 19.11.2007. La AP de Lleida, Sección 2ª, estimó en sentencia de 26.10.2009 el recurso de apelación, revocó el fallo del JPI y condenó a las sociedades demandadas a indemnizar al actor en 169.220,10 €.

   El TS confirmó la sentencia de apelación y argumentó que:

   "1ª) La empresa dedicada a la instalación de puertas y que instala en un cementerio municipal una puerta corredera metálica de seis metros de anchura por cuatro de altura debe hacerlo en condiciones de evitar que la puerta caiga no solo sobre los trabajadores de la obra del cementerio sino sobre cualesquiera personas que en el futuro visitaran el cementerio o pasaran por la puerta.

2ª) Entre los riesgos naturales de la vida no se encuentra el de que una puerta de semejantes dimensiones se desplome sobre quien se acerca a ella.
3ª) En el litigio no se juzga la responsabilidad de la empresa empleadora del perjudicado, sino la de la empresa que instaló la puerta. El problema no es, por tanto, de medidas de seguridad para el trabajador, sino de instalación de la puerta en las condiciones debidas para que no se desplome sobre persona alguna, trabajador o no de la obra.

4ª) El dato de la instalación de la puerta cuatro días antes del hecho dañoso, que en el motivo se invoca a favor de la empresa que hizo la instalación, justifica en realidad el juicio de imputación de la sentencia recurrida, pues demuestra una evidente proximidad temporal entre la instalación y el desplome de la puerta.

5ª) Es insostenible que la mera existencia de gravilla en la parte inferior de la puerta pueda provocar su desplome. Es más, si así fuera se vendría a demostrar su defectuosa instalación. Y no menos insostenible es que por la mera existencia de una empresa contratista quede exonerada de responsabilidad la empresa subcontratada precisamente para la instalación de la puerta como empresa especializada.

6ª) En definitiva, el hecho también indubitado de que los topes o espárragos se habían salido de la guía superior de la puerta justifica el juicio de imputación del tribunal sentenciador por la posición de garante (SSTS 20-12-11 , 30-10-09 y 5-3-09) que con la instalación de la puerta asumía la empresa instaladora.

7ª) En función de lo anterior, tampoco un mero cierre defectuoso de la puerta el día anterior exoneraría de su responsabilidad a la empresa instaladora, salvo prueba de una maniobra tan negligente o malintencionada que hubiera llegado al extremo de sacar los topes de la puerta de su guía superior, también instalada por la misma empresa" (FD 5º).

En efecto, el resuelto es un caso claro de negligencia unilateral, es decir, de un supuesto en el cual la víctima nada podía haber hecho para evitar el daño que finalmente sufrió, cuando, además, queda bien a las claras que los demandados podían haber adoptado más y mejores precauciones.

Pero el siguiente plantea más dificultades tanto a la hora de identificar a los responsables de los daños sufridos por la víctima como a la de concretar los niveles de precaución que podrían haberse adoptado para evitarlos:

2. Una mañana del mes de marzo de 1992, la víctima esperaba la llegada del Metro en la estación de la calle Rocafort de Barcelona. El convoy llegó, abrió las puertas y la abigarrada muchedumbre que esperaba en el andén se abalanzó hacia el interior de los vagones. Empujada por el resto de viajeros, la víctima cayó al suelo y sufrió lesiones de gravedad por las que reclamó un total de 37.743,55 euros a la entidad "Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA" gestora del servicio público de transporte por metro en la ciudad de Barcelona cuando se produjo el accidente. La Audiencia Provincial estimó el recurso de la víctima contra la sentencia desestimatoria de la demanda de la primera instancia y concedió una indemnización de 28.518,02 euros con cargo a la entidad demandada. La **STS, 1ª, 1121/2001, de 3 de diciembre**, **MP: Román García Varela**, que puso fin al proceso,

desoyó los argumentos de "Ferrocarril Metropolità" y convalidó la condena decidida por la Audiencia de Barcelona.

El tercer caso manifiesta aún más palmariamente las dificultades de atribuir responsabilidad al titular de una organización por los daños causados por un tercero ajeno al ámbito de influencia de la organización misma:

3. En la madrugada del 6 de mayo de 1990, la Sra. Ángela M.R. entró en una de las oficinas de la entidad bancaria demandada para retirar dinero de un cajero automático. En nuestro país, algunas oficinas de bancos y cajas disponen de cajeros a pie de calle, pero es más frecuente que tras la puerta de entrada de la oficina, haya un primer espacio en el que están instalados uno o varios cajeros automáticos, que pueden ser utilizados, por lo general, las 24 horas del día. La puerta de acceso a este local puede cerrarse con un pestillo. Durante las horas de oficina, los clientes pueden superar este espacio y entrar donde se encuentran los empleados que ofrecen los servicios bancarios de que se trate. En el asunto, el pestillo de la puerta estaba roto y un atracador, que estaba al acecho, entró en el local cuando la víctima ya había tecleado el número secreto de su tarjeta de crédito. Forcejearon, el atracador sacó una navaja con la que hirió a la actora en su mano izquierda y le robó la cantidad retirada. La víctima reclamó 15.000.000 de pesetas a la entidad bancaria titular del cajero automático. En primera instancia, su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo, en **STS, 1ª, 255/1997, de 1 de abril**, **MP: Pedro González Poveda**, desestimó el recurso de la víctima: "[…] no puede afirmarse que las lesiones sufridas por la recurrente al ser asaltada por un desconocido, sean una consecuencia […] del estado en que se encontraba el cerrojo instalado en la puerta de acceso al cajero automático y que impedía cerrar la puerta desde el interior, sino que tales lesiones son imputables exclusivamente, en una relación de causa a efecto, a la violencia ejercida sobre la actora por el tercero desconocido que la atacó" (FD 2º).

En ocasiones, quien causa el accidente es su misma víctima. En otras, el responsable nada tuvo que ver con el accidente que motiva finalmente su responsabilidad. En unas terceras, la víctima carga con las consecuencias del daño que ella misma sufre. La imputación de daños no depende siempre del relato causal. Así lo confirman los casos siguientes:

4. La **STS, 1ª, de 31 de diciembre 1997 (RJ 9195), MP: Francisco Morales Morales,** condenó a la Red Nacional de Ferrocarriles (RENFE) por la muerte de dos menores de edad quienes, durante las fiestas mayores del pueblo de Manzanares (Madrid), jugaban con sus compañeros a ver quién aguantaba más sobre la vía del tren cuando se acercaba la locomotora. RENFE había denunciado varias veces los hechos al Ayuntamiento de Manzanares que había ordenado vigilar la zona durante unas horas al día. Fuera de ellas, grupos de muchachos volvían a la vía para hablar, reír, beber y jugarse la vida. El día 21 de julio de 1990, Miguel Ángel C. y José Gabriel P., ambos de quince años, estaban de pie sobre las vías, con 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre el primero, cuando un Tren Expreso que circulaba a 130 km/h., les arrolló. Ambos murieron en el acto. Los padres de las víctimas reclamaron una indemnización de 150.253 euros al Ayuntamiento de Manzanares, a RENFE y al maquinista del tren. Las instancias condenaron únicamente a RENFE y al Ayuntamiento a pagar 36.061 euros a cada uno de los demandantes. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la compañía ferroviaria. La actividad de los jóvenes, en

absoluto justificable, era conocida y debían haberse adoptado todas las medidas necesarias, incluso la detención del convoy a su paso por el pueblo, para evitar daños como los que sucedieron (cfr. STS, 1ª, 44/2010, de 18 de febrero).

5. El demandante en el proceso que resolvió la **STS, 1ª, de 10 de octubre de 1998 (RJ 8371) MP: Antonio Gullón Ballesteros,** era un trabajador de una empresa de productos congelados a quien una máquina termoselladora le amputó la mano derecha. Inmediatamente después del accidente, la enfermera de la empresa acudió al lugar de los hechos para atender al trabajador, cortó la hemorragia e instruyó a un compañero del trabajador para que envolviera la mano traumáticamente amputada en hielo natural. Mientras esperaban a la ambulancia, el compañero de la víctima metió la mano amputada en una caja de *porexpan* llena de dióxido de carbono sólido, comúnmente conocido como hielo seco, de las que utilizaban para el transporte de productos congelados, pues creía que procuraría una mejor conservación de la mano. Cuando la víctima fue ingresada en el centro sanitario los tejidos de la mano amputada estaban destruidos por congelación y ya no fue posible practicar el implante. El trabajador quedó manco y demandó a la empresa y a la enfermera de la misma por no haber comprobado cómo se trasladó la mano amputada al hospital. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la concesión de 120.202 € que el demandante reclama, pero el Tribunal Supremo condenó a la enfermera a pagar una indemnización de 9.015 euros. La enfermera no fue del todo diligente y debía responder por la pérdida de las expectativas de reimplantar el miembro amputado.

6. A la demandante en el caso finalmente resuelto por la **STS, 1ª, de 24 de mayo de 2016 (RJ 2276), MP: José Antonio Seijas Quitana**, se la sometió a una cesárea en la que intervino como anestesista el médico (co)demandadado. A sus resultas fue afectado el nervio ciático y la demandante, reponedora en un supermercado, quedó con secuelas que determinaron su incapacidad laboral. Reclamó entonces 138.172,54 € de indemnización al anestesista y a su compañía aseguradora, así como a la Clínica en la cual había tenido lugar el acto médico y a la suya. Hubo dos sentencias contradictorias de instancia, pues el Juzgado absolvió a los demandados pero, en apelación, la Audiencia condenó a varios de los codemandados a pagar 125.264,72 €, con intereses del 20% en el caso de una de las dos compañías de seguros, a computar desde el 3 de agosto de 2002. Recurrida en casación la sentencia de apelación por el anestesista, el TS rechazó el recurso. Comenzó reproduciendo la narración de los hechos realizada por la sentencia recurrida: "[L]a relación causal de la actuación del anestesiste y la lesión que sufre la demandante no se discute. Lo que se cuestiona en realidad es la culpabilidad. [L]a sincronía de la aparición de la lesión y la intervención anestésica … permite razonablemente descartar eventualidades extrañas derivadas de enfermedad latente que no se concreta. [E]l origen en una lesión traumática no se corresponde tampoco con lo relatado en juicio poer quienes intervinieron en forma directa. El origen de la axonotmesis hay que relacionarlo o bien con la toxicidad de la anestesia, que sigue siendo el parecer del anestesista demandado … aunque el producto elegido es el adecuado y nadie lo discute, o bien por la punción, por más que se empleara la aguja indiscutidamente más adecuada y se efectuara la punción en la posición correcta de la paciente. [L]a demandante vinculó expresamente el pinchazo con la experimentación de ' un dolor horroroso hacia el pie izquierdo'. Y el demandado reconoció la reacción de dolor de la demandante en el momento del pinchazo, pero añadió que ello es frecuente, que paró y que tras ver que no había problema, continuó". La Audiencia aplicó la doctrina del daño desproporcionado, una tal en cuya virtud la producción de un resultado desproporcionado y más grave al que suele

resultar del tipo de intervención de que se trate invierte la carga de la prueba de la culpa o negligencia. Pero el Tribunal Supremo fue más drástico: "tampoco hay realmente un daño desproporcionado … pese a lo que dice la sentencia [de la Audiencia], sino imputación directa del daño al anestesista que produjo una lesión en la raíces nerviosas que no aparecieron espontáneamente, sino tras la punción anestésica en lugar inadecuado" (F.j. 2º).

7. En el caso resuelto por la **STS, 1ª, 931/2001, de 17 de octubre**, **MP: Jesús Corbal Fernández,** un joven de 21 años practicaba descenso por aguas bravas en el río Gállego al cruzar un desfiladero de especial dificultad, el "Paso del Embudo" en el término municipal de Murillo (Zaragoza), cayó de la balsa neumática, se golpeó la cabeza con una roca y falleció en el acto. Poco después, el padre de la víctima demandó a la asociación organizadora de la actividad deportiva, a la compañía aseguradora y al monitor que había dirigido la actividad. Por el hecho se siguieron diligencias penales posteriormente archivadas. En el pleito civil, las sentencias de las instancias desestimaron la demanda. Igual suerte corrió el demandante en casación. Se trata de un supuesto de culpa exclusiva de la víctima o, en su caso, de concreción de los riesgos asumidos por la propia víctima.

8. En la **STS, 1ª, 678/2019, de 17 de diciembre, MP: José Luis Seoane Spiegelberg,** el TS tuvo que resolver si actúa negligentemente el socorrista que, encontrándose en su lugar de trabajo, no advierte que hay un bañista ahogado en el fondo de la piscina.

   El Tribunal Supremo parte de los siguientes hechos:

   "1. Entre las 19 y 20 horas del día 25 de julio de 2010 [un domingo], el menor, de seis años de edad, (…) se encontraba en la compañía de su hermano, de siete años, su madre y otras personas allegadas, en [una urbanización] de la ciudad de Alicante, haciendo uso de la piscina.

   [La socorrista se encontraba en el lugar de trabajo, dando una vuelta por los alrededores de la pileta destinada a piscina. Añade la Audiencia Provincial (AP) que la piscina estaba concurrida de bañistas. Según la declaración de la socorrista en el acto del juicio, habría unas 50 personas en la piscina y un centenar en el recinto, según lo manifestado por la socorrista y la aseguradora de la empresa de socorrismo demandada en la contestación a la demanda].

   2.- Mientras la madre se encontraba temporalmente ausente del lugar, al haber subido a una de las viviendas de la urbanización, el niño quedó bajo el cuidado de la pareja de aquélla.

   [También tiene en cuenta el Tribunal Supremo que la Audiencia declara que "la introducción del [niño] en la piscina de adultos no debió alertar a la socorrista porque, según las pruebas practicadas, estaba con el padre de la pareja de la madre o próximo a él].

   3.- Torcuato se hundió en el agua, siendo alertada la socorrista, por un vecino que se encontraba asomado a la ventana, ante lo cual, de forma inmediata, se lanzó al agua, rescatando al niño, con la ayuda del padre de la pareja de la progenitora del menor, comenzando las operaciones de reanimación (…) Posteriormente, se personaron en el lugar dos miembros de una unidad de SAMU, que trasladaron al niño al Hospital, donde ingresó con parada respiratoria, certificando la muerte a las 21.25 horas del mismo día de los hechos.

4.- La sumersión del niño en el agua se produjo sin aspavientos ni gritos de socorro. Es posible que hubiera sufrido un desvanecimiento, al entrar en contacto con el agua, y que, en plena inconsciencia, se hubiera hundido al fondo de la piscina, sin que los bañistas se dieran cuenta inicialmente de tal circunstancia".

La posibilidad del desvanecimiento al entrar en contacto con el agua está expresamente reconocida en el informe de autopsia, dados los signos que presentaba el cadáver (restos de comida no digerida en el estómago, poca agua en las vías respiratorias y en el aparato digestivo, y los pulmones no habían aumentado mucho de tamaño).

La socorrista reconoce, en su declaración en el acto del juicio, que desde el borde la piscina donde se encontraba no era visible el fondo, por la forma de playa que tenía el fondo de la piscina, lo que significa que el acceso a la misma no tiene prácticamente ninguna profundidad y esta se va ganando progresivamente.

Fotografía publicada en la SAP Alicante 140/2017, 20.1.2017, Voto particular, extraída del documento número 10 de la demanda

Los abuelos de la víctima, quienes tenían concedido el régimen de acogimiento familiar simple sobre su nieto en el momento de los hechos, demandaron a la comunidad de propietarios, propietaria de la piscina (arts. 1902 y 1903 CC), y su aseguradora (art. 76 Ley de Contrato de Seguro); a la empresa Euroswim Europa, S.L. con la que aquella tenía contratado el servicio de socorrismo (art. 1903 CC), y su aseguradora (art. 76 Ley de Contrato de Seguro); y, por último, a la socorrista, trabajadora de Euroswim, la única socorrista que tenía encomendada la vigilancia de la piscina. Reclamaron que se condenara solidariamente a los anteriores sujetos al pago de una indemnización de 50.000 euros por el fallecimiento de su nieto.

Respecto a la socorrista, la parte demandante alegó que debía responder en virtud del artículo 1902 CC al no haber actuado con la diligencia exigible para evitar el ahogamiento del menor mientras estaba prestando el servicio:

"Actuó con falta de diligencia, lo que supuso que no se percatara de lo que estaba ocurriendo hasta que otros bañistas sacaron al menor del fondo de la piscina (…) evidentemente de haber tenido contacto visual al [sic; con el] menor (…) hubiera sido la primera persona en intervenir (…) pudiendo haber sacado al menor del fondo de la piscina con un resultado probablemente diferente del que aconteció".

La SJPI desestimó la demanda y en lo que respeta a la actuación de la socorrista, consideró que, en atención a las circunstancias en las que se produjo el ahogamiento, no se apreciaba negligencia en la conducta de la socorrista.

La SAP desestimó el recurso de apelación de la parte demandante: "no puede exigirse al socorrista que mantenga un contacto visual permanente de la conducta de todos los bañistas, sino que "trata de observar con carácter general las conducta anómalas y perceptibles visualmente del conjunto de los bañistas"".

El voto particular de uno de los Magistrados de la Audiencia provincial consideró que existían hechos probados suficientes para fundamentar la responsabilidad civil de la socorrista ex art. 1902 CC, de su empleadora ex art. 1903 CC y de la aseguradora de esta, y la estimación íntegra de la demanda.

La negligencia de la socorrista y de la empleadora, que fundamentaría la responsabilidad extracontractual, consistiría en la insuficiencia o deficiencia de las medidas de vigilancia adoptadas, que ignoraban por completo las situaciones de inmersión silenciosa. Se prestó el servicio de socorrismo sin vigilancia del fondo del vaso, pues la propia socorrista reconoció que no podía ver el fondo de la piscina desde la orilla, y por lo tanto no se adoptó precaución alguna hacia las situaciones de ahogamiento silencioso o por inhibición. El Magistrado reconoce que no es su función determinar cómo se ha de organizar un servicio profesional de socorrismo, pero señala que es notorio que el socorrista que ocupa una posición elevada tiene un mejor control del fondo de la piscina.

El TS desestimó el recurso de casación de la parte demandate, basado exclusivamente en la negligencia de la socorrista y en la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa de socorrismo: antes del suceso, el menor estaba acompañado por un adulto y no hay prueba de que existiera una situación anómala o de peligro que debiera alertarla, porque el ahogamiento se produjo de forma silenciosa.

"La actividad de la demandada, como socorrista, no se presta bajo un régimen de responsabilidad objetiva, de manera tal que deba hacerse cargo de todos los daños generados en el círculo espacio-temporal en el que desempeña sus servicios. La jurisprudencia no ha declarado, como tampoco podía hacerlo, que los socorristas deban responder de todos los eventos dañosos que se produzcan en el ejercicio de sus funciones. Es preciso, para ello, que quepa hacerles un reproche culpabilístico, cuya carga de la prueba corresponde a quien demanda (…)

La STS 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 983), con cita de reiterada jurisprudencia, nos enseña al respecto que: (…) "La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado "reproche culpabilístico"" (…)

La STS 612/2007, de 6 de junio (RJ 2007, 3422) , señala que:

"(...) para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina "es preciso o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente (STS de 14 de junio de 1984 (RJ 1984, 3242)) o que no exista personal adecuado de vigilancia (STS de 23 de noviembre de 1982) o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura (STS de 10 de abril de 1988 (RJ 1988, 3116)) o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina (STS de 23 de febrero de 1995) o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico" (STS 2-9-97 (RJ 1997, 6378) (…) cuya doctrina se reproduce por la STS 14-11-02 (RJ 2002, 9761)".

Ninguna de estas circunstancias concurre".

3. Circunstancias personales del demandado

3.1. Edad y estado de salud

A la hora de determinar los niveles de precaución debidos o estándares de diligencia a cumplir por el causante de los daños, jueces y tribunales toman en consideración las circunstancias personales de aquél.

En cuanto a la edad, el criterio comúnmente adoptado por la mejor doctrina es que los niños de muy corta edad (los menores de 7 años aproximadamente) son inimputables -por ellos responden sus padres o guardadores ex art. 1903 CC-; es más, si el menor carece de capacidad natural -un niño de tres años de edad, por ejemplo-, no hay acción, no hay agencia social. Si el menor tiene capacidad natural -y patrimonio con el que responder-, entonces puede efectivamente ser condenado a indemnizar por los daños causados. Más, en el derecho positivo, la cuestión solo ha sido regulada por el Código Penal, arts. 19, 118.1 y 120.1 CP y 3 y 61 y ss. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En particular, la LO 5/2000 considera penal y civilmente responsables a los menores de edad desde que cumplen los catorce años (arts. 1.1 y 61.3 LO 5/2000). Además, la doctrina mayoritaria admite la aplicabilidad del art. 1902 CC al menor civilmente imputable [Esther GÓMEZ CALLE (2006), "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 461-538, 480]. El derecho comparado de países próximos a nuestra cultura ofrece soluciones similares, pero discrepantes en el detalle de la regulación propuesta.

La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS tiende a juzgar la conducta de los menores con edades comprendidas entre 7 y 15 años en términos de negligencia, pero el estándar de diligencia

exigible es más leve que el de los adultos. Hay que tener en cuenta también que, si bien los tribunales tienden a excusar travesuras y avatares de los juegos propios de la infancia, no hacen lo mismo con la conducta claramente despreciativa de peligros que todo niño de su edad debería prever, y tampoco la conducta antijurídica: los terceros no tienen por qué anticipar y prevenir el daño conexo a un acto voluntario, arriesgado y a veces incluso ilícito cometido en vísperas de la pubertad (Josep FERRER I RIBA y Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, "Niños y adolescentes", *InDret* 1/2000, pp. 7 y ss.)

STS, 1ª, 205/2002, de 8 de marzo, MP: Jesús Corbal Fernández.

Patricia G.N., de 16 años, perdió la visión casi total del ojo derecho al sufrir un balonazo en la cara, lanzado por Mariano M.Q., de 17 años, que jugaba al fútbol con unos amigos, mientras estaba sentada en un banco del jardín municipal del Paseo de la Playa de Alcalá de los Gazules (Cádiz).

Georgina N.M., en nombre de su hija Patricia G.N., demandó a Mariano M.Q., a sus padres (Eusebio M.S. y Dulce Nombre Q.Z.) y al Ayuntamiento de Alcalá de los Gazules y solicitó una indemnización de 90.151,81 euros.

El JPI nº 3 de Chiclana de la Frontera (29.12.1995) desestimó la demanda. La AP de Cádiz (Sección 5ª, 10.7.1996) estimó parcialmente el recurso de casación y condenó a Mariano M.Q. y a sus padres a satisfacer a la actora una indemnización de 60.101,21 euros.

El TS desestimó el recurso de casación y confirmó la SAP. No es necesario acudir a criterios de responsabilidad por riesgo para fundamentar la responsabilidad del menor. Basta analizar la imputación subjetiva del daño: la edad (17 años, 7 meses y 22 días) y los factores psicológicos del menor indican que podía haber previsto que jugando con un balón de cuero ligeramente deshinchado en un lugar inidóneo se podían causar daños a terceros ajenos al juego. La responsabilidad de los padres tiene su fundamento en la presunción de culpa contenida en el art. 1903 CC.

3.2. Responsabilidad civil de incapaces y menores en derecho español

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Artículo 118.1.1:

1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:
    1. En los casos de los números 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

    Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

Artículo 120. Responsables civiles subsidiarios

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:
1º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. (…)

STS, 2ª, 619/2005, de 11 de mayo, MP: Carlos Granados Pérez.

El 8.7.2002 en Medina de Pomar (Burgos), sobre las 17:30 horas, Rodrigo, nacido el 31.7.1983 (19 años), con una dotación intelectual inferior al promedio (entre la normalidad y el retraso mental leve) y educado en un contexto familiar desestructurado (abandono de la madre a los cuatro años de edad, padre alcohólico), tras comprar en una tienda un cuchillo de unos 11 cms. de hoja, entró en la Óptica Medina Centro, sita en la misma calle que el primer establecimiento. Esperó a que la dependienta, Soledad, atendiese a otro cliente y, cuando se encontraban solos en la óptica, le solicitó que le graduase la vista, Rodrigo y Soledad entraron al gabinete habilitado al efecto y, después de realizada tal operación, Soledad se levantó para rellenar el correspondiente impreso, mientras el joven permanecía sentado. Rodrigo, entonces, clavó el cuchillo que portaba consigo en la zona abdominal de Soledad, causándole graves lesiones que tardaron 235 días en sanar y secuelas consistentes en cicatriz queloidea de 17 cms. de longitud y 1 cm. de anchura en la línea media abdominal, cicatriz de 2 cms. en hipocondrio izquierdo y síndrome de estrés postraumático. El día en que ocurrieron los hechos Rodrigo había obtenido una autorización de salida de la Residencia en la que se encontraba ingresado (Residencia Los Robles de Villasante de Montija). No consta que el titular de dicha residencia, Hogadema, S.A. (que tenía contratado el seguro de responsabilidad civil con Mapfre Industrial, S.A.), hubiera adoptado medida alguna para evitar los hechos.

La SAP Burgos, Secc. 1ª, 7.5.2004, condenó al acusado Rodrigo como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de seis años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a la víctima a una distancia inferior de 200 metros y de comunicarse en cualquier forma con ella durante cinco años. También condenó a Rodrigo a indemnizar a Soledad con 30.680 € por lesiones y con 20.000 euros por secuelas. De dichas cantidades había de responder directamente Mapfre Industrial, S.A., en solidaridad con Hogadema, S.A.

La STS, 2ª, 11.5.2005, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por Hogadema, S.A. de manera que redujo la responsabilidad civil de esta entidad de solidaria a subsidiaria, ya que el TS consideró aplicable el art. 120.1 CP "al Organismo que tenía bajo su guarda y tutela a quien cometió un hecho delictivo por concurrir un cierto nivel de negligencia que guarda con el delito cometido una relación de causa/efecto". Y añadió que "en la sentencia de esta Sala 1527/2001, de 21 de julio, se declara que un requisito esencial de la responsabilidad civil subsidiaria es la existencia de una relación de causalidad -a la que se refiere claramente la expresión legal «siempre que haya mediado»- entre la culpa o negligencia de quienes tengan al exento de responsabilidad criminal -total o parcialmente- bajo su potestad o guarda y la comisión por aquél de un hecho punible (…); exclusión [de la responsabilidad del centro psiquiátrico] que no puede afirmarse en el presente caso (…) ya que no se produjo una cesión temporal de la guarda de hecho a favor de la familia o de tercera persona a quien le incumbiera la responsabilidad civil subsidiaria derivada de la actuación de Rodrigo, sino que se mantuvo la guarda de hecho por parte de Hogadema, S.A. durante las salidas autorizadas por su Dirección" (FD 2º).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores

Artículo 1. Declaración general

1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales (…)

Artículo 3. Régimen de los menores de catorce años.

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (…)

Artículo 5. Bases de la responsabilidad de los menores.

1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal (…)

Título VIII
De la responsabilidad civil

Artículo 61. Reglas generales
(…)
3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

3.3. Material complementario: edad, salud y responsabilidad civil en el derecho comparado

Common Law

Restatement (Third) of Torts:

§ 10 *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (2010): **Children**

(a) A child´s conduct is negligent if it does not conform to that of a reasonable person of the same age, intelligence, and experience, except as provided by section (b) or (c).

(b) A child less than five years of age is incapable of negligence.

(c) The special rule in Subsection (a) does not apply when the child is engaging in a dangerous activity that is characteristically undertaken by adults.

§ 11 *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (2010)**: Disability**

(a) The conduct of an actor with a physical disability is negligent only if the conduct does not conform to that of a reasonable careful person with the same disability.

(b) The conduct of an actor during a period of sudden incapacitation or loss of consciousness resulting form physical illness is negligent only if the sudden incapacitation or loss of consciousness was reasonably foreseeable for the actor.

(c) An actor´s mental or emotional disability is not considered in determining whether conduct is negligent, unless the actor is a child.

Dos buenas discusiones de los criterios resumidos por el *Restatement* pueden consultarse en: *Daniels v. Evans* [224 A.2d 63 (N.H. 1966)] y en *Purtle v. Shelton* [474 S.W.2d 123 (Ark. 1971)]

***Civil Law*: Francia y Alemania**

Francia: Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

Article 3

Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou

d'invalidité au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis.

Toutefois, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi.

Alemania: Código Civil alemán [Bürgerliches Gesetzbusch (BGB)]

§ 828 Minderjährige

(1) Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich.

(2) Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat.

(3) Wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern Seine Verantwortlichkeit nicht nach Absatz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.

4. Riqueza del demandado

¿Deben de tenerse en cuenta los medios materiales de que dispone el demandado -su riqueza- como una circunstancia relevante para estimar la cuantía del fallo condenatorio a pagar una cantidad de dinero al demandante? La respuesta es claramente negativa para quienes sostienen que el derecho de la responsabilidad civil, el derecho de daños, tiene una función exclusiva o predominantemente compensatoria: el demandado habrá de pagar una indemnización equivalente a una estimación razonable de todos los daños causados con absoluta independencia de si era más o menos rico o más o menos que el demandante.

Para quienes sostienen que el derecho de daños tiene una función preventiva, y específicamente que ha de prevenir daños de forma eficiente, la respuesta es más compleja pues los daños se pueden prevenir sea ya haciendo pagar un precio a quién los causa- un precio que internalice todos los costes que genere su actividad- sea imponiendo una sanción con el mismo objeto. Entonces si nos deslizamos desde una concepción de un derecho de daños como un sistema de precios ocultos a otra que lo acerca al derecho sancionador resultará mucho más fácil defender una concepción en virtud de la cual el importe de la sanción haya de ajustarse a la riqueza y renta del demandado.

Para una discusión sobre las diferencias entre precios y sanciones véase el Capítulo 1 de Robert D. COOTER & Ariel PORAT, Getting Incentives Rights: *Improving torts, Contract and Restitution*, 2014; para una concepción del derecho de daños ajena al concepto de sanción véase Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al artículo 1902 CC", en Cándido PAZ-ARES, Luis DÍEZ-PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993 -y para las concepciones dominantes que tienden a construir la responsabilidad civil a partir de la idea de que los supuestos de responsabilidad incluyen la antijuridicidad de la conducta del demandado, salvo en los casos de responsabilidad objetiva, véase la detallada y fecunda discusión que se encuentra en L. Fernando REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014. En la práctica jurisprudencial española el lector habituado de sentencias de las audiencias y del Tribunal Supremo sabe bien que los tribunales tienden a cargar la mano si los magistrados que los componen tienen la convicción razonable de que el causante de daños y demandado actuó dolosamente y disponía de ingentes medios materiales para decidir cursos de conducta alternativos. Es más, en ocasiones unos y otros no solo atienden a la riqueza actual del demandado sino a su riqueza potencial. Esto es, son mucho más estrictos con quienes actúan con ánimo de lucro que con quienes lo hacen gratuitamente.

La pregunta sobre la influencia que pudiera tener el capital del demandado físico y financiero sobre su responsabilidad civil puede desplazarse a su capital humano, a sus conocimientos especiales o, incluso, a su nivel educativo y cultural, a su posición social, étnica o similar. Al respecto, nadie duda hoy que los profesionales han de actuar de acuerdo con la *lex artis* de su profesión u oficio. Sin embargo, nunca hay que olvidar que fácilmente el derecho (y no solo el derecho de la responsabilidad civil) puede deslizarse desde el derecho de los actos y omisiones al derecho de actor, al derecho de autor (*Tat- und Täterstrafrecht*: el civilista defiere gustoso a la mejor opinión del penalista).

***Denver & Rio Grande R.R. v. Peterson* [69 P. 578 (Colo. 1902)]** es un caso de referencia que recoge, formula, muy precisamente la tesis compensatoria tradicional:

> "CAMPBELL, C.J. The care required of a warehouseman is the same, whether he is rich or poor. For, if the fact that he is rich requires of him greater care than if he possessed only moderate means or is poor, then, if he were extremely poor, the care required might be such as practically to amount to nothing; and no one would claim that such an uncertain and sliding rule should be the measure of his liability…"

Como muestra el deslizamiento desde la riqueza actual a la potencial que pone bien de manifiesto la tesis que exige tomar en consideración el ánimo de lucro como circunstancia agravante de responsabilidad, una cuestión derivada es el hecho que la riqueza tiene muchas caras: los jóvenes son biológicamente más ricos que los adultos y que los viejos; los muy inteligentes, más que los normales, des del punto de vista intelectual; los bien parecidos, mucho más atractivos que los no agraciados; los muy cultos, más que los menos; y los experimentados y peritos, más que los inexpertos. Y es que al final, el dinero es unidad de cuenta. Es decir, la riqueza en sentido amplio evalúa muchas cualidades del demandado y esto nos permite pasar a las circunstancias especiales siguientes.

5. Conocimientos especiales y habilidades particulares del demandado

Como hemos apuntado en el epígrafe anterior, el punto de partida en la responsabilidad profesional es que el demandado responde por el incumplimiento del cuerpo de reglas propias de su profesión, arte u oficio: la *lex artis*. ¿Pero responden más intensamente los mejores, en cada profesión, oficio o práctica o lo hacen de acuerdo con las reglas generales del arte, con la media de su profesión? ¿Está penalizado ser uno de los mejores? La respuesta suele ser que quien dispone de conocimientos especiales ha de actuar desde luego de acuerdo con las reglas propias del cuerpo de conocimientos correspondientes, es decir, más prudentemente que el lego. En cambio, dentro de la profesión u oficio, la respuesta es que la pericia extraordinaria del demandado es una de las circunstancias de que delimitan sus deberes de cuidado, pero no la única de ellas. En todo caso, quien carece de las habilidades propias de un especialista, no ya porque sea lego, sino porque, siendo profesional, dispone solo de los conocimientos generales de su oficio, ha de abstenerse de ejercer una especialidad para cuyo ejercicio no está preparado suficientemente.

§ 12 ***Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*** (2010):

"If an actor has skills or knowledge that exceed those possessed by most others, these skills or knowledge are circumstances to be taken into account in determining whether the actor has behaved as a reasonably careful person."

- When the actor is one of a limited number of parties that engage in an activity that poses distinctive and significant dangers [electric-power company].

- When the actor that possesses an above-average knowledge has a pre-existing relationship with the other party. [STS, 1ª, 836/2004, de 22 de julio]

- Substandard judgment is usually ignored. Learners and beginners.

- Intoxication. The foreseeability test: voluntary intoxication is ignored. Iced tea spiked with liquour.

En tal sentido, puede verse la **STS, 1ª, 679/2010, de 10 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**, ya tratada *supra* (véase epígrafe 3.1): "Faltaron en el caso los conocimientos médicos necesarios para hacer posible el diagnóstico que hubiera prevenido o evitado la obstrucción completa de la arteria carótida a partir de una previa sintomatología neurológica que no fue detectada por el médico de guardia, como "sin duda" lo habría hecho el perito, lo que a la postre no viene sino a indicar que cualquier otro médico con una base mínima de conocimientos para estos supuestos o supliendo sus carencias mediante un consejo médico complementario, habría detectado de inmediato la razón de su ingreso y le hubiera proporcionado con la urgencia y diligencia necesaria todos los medios curativos de que disponía" (FD. 2º).

6. Circunstancias personales de la víctima

¿Debe el demandado atender a las circunstancias personales de la víctima que la sitúan en una posición de extrema vulnerabilidad y que, a menudo, no son aparentes? La respuesta es afirmativa en todos aquellos casos o circunstancias en los cuales el demandado había de contar con la posible presencia de víctimas potenciales especialmente frágiles, por ejemplo, en las calles y plazas de la ciudad, en general, en los escenarios habituales de la vida cotidiana. La razón es sencilla de entender: si para medir la intensidad del deber de precaución no se tuviera en cuenta al 5% o al 10% o al 15% de población más frágil, los incentivos para comportarse adecuadamente serían subóptimos.

En cambio, en espacios o, en general, en ocasiones en las cuales el demandado puede contar con que aquellas personas con las cuales va a interactuar son homogéneamente sanas y fuertes, sus deberes de precaución no incluirán la consideración hacia aquellas que precisen de una protección especial salvo que su indefensión resulte aparente a ojos de un observador razonable. El ejemplo clásico es la práctica de un deporte de equipo y de contacto en un espacio cerrado, un estadio o un campo de deporte.

Los casos de la ley suelen seguir esta línea de razonamientos. Es la denominada *egg-shell skull doctrine*: (HENDERSON, PEARSON, KYSAR & SICILIANO, *The Torts Process*, chapter 4, 8th ed., 2012).

"One rule of the tort law (…) is that the defendant takes his victim as he finds him. In Smith v. Brain Leech & Co. Ltd (1962) 2 Q.B. 405, plaintiff's deceased was burned on his lip by splashing molten metal because defendant negligently failed to provide an adequate guard. Because of prior exposures of another kind in the past, deceased had (according to the court) developed a tendency toward cancer. In any event, the burned lip did develop a cancer from which he died. The court acknowledged that death by cancer was unforeseeable…" (EPSTEIN, *Cases and Materials on Torts*, 9th ed., 2008, p. 542).

Esther Gómez Calle (2015), "Víctimas vulnerables y Derecho de daños", ADC, pp. 1197-1309.

7. Situaciones de peligro que requieren acción inmediata: *Sudden Emergency doctrine*

Una emergencia es, dice el DRAE, una "situación de peligro que requiere una acción inmediata" (3ª acepción) y la pregunta es si, ante una emergencia, los deberes de precaución son menos intensos que ante una situación de riesgo normalmente esperable. La respuesta clásica es que la emergencia se tiene en cuenta como una de las circunstancias que modulan los deberes de cuidado, pero que, probablemente, no hay necesidad de construir una doctrina específica en la cual quepa encasillar multitud de acontecimientos inesperados, pero muy heterogéneos entre sí.

¿Qué consecuencias tendría para esta doctrina la aceptación de la tesis en virtud de la cual hay que distinguir entre lapsos de conducta excusables -errar es humano- o lapsos inexcusables?

Indicación: en el entorno de sistemas complejos cualquier ingeniero sabe que los dispositivos de seguridad han de ser redundantes, es decir, que han de incluir la previsión del fallo humano. Esta consideración que ha sido siempre obvia en aeronaves lo es crecientemente en infraestructuras y estructuras ferroviarias y está empezando a serlo en automóviles. Una discusión tradicional sobre la relevancia o irrelevancia de una circunstancia repentinamente imprevista la encontrará el lector en el caso siguiente. Pero antes y para complicar la vida del lector, conviene recordarle que todo accidente es inoportuno.

Lyons v. Midnight Sun Transportation Services, Inc. **[928 P.2d 1202 (Alaska 1996)]** (http://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/1996/s-7093-1.html)

§ 9 ***Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*** (2010):

"If an actor is confronted with an unexpected emergency requiring rapid response, this is a circumstance to be taken into account in determining whether the actor's resulting conduct is that of the reasonable careful person".

- This section addresses the situation in which an actor faces two or more choices of conduct, each of which entails its own combination of advantages and disadvantages. In an emergency, the fact of the emergency itself may mean that the response is instinctive rather than deliberative; at the least, it indicates that the opportunities for deliberation have been limited by severe time pressures.
- The emergency can be created by the conduct of another person, or without human action (failure of the brakes).

- Emergency. The kind of event that prevents reasonable people from exercising the kind of good judgment that such people ordinarily exercise.

- Prior negligence of the defendant. A number of courts adopt the rule that the emergency doctrine does not apply when the emergency is due to the defendant's prior negligence, but not all.

8. Negligencia grave.

A lo largo y lo ancho del derecho (no solo civil) español se distingue entre (simple) negligencia y negligencia grave, o actuación del causante (o responsable de la causación) del daño con conocimiento del riesgo de daño generado por la conducta imprudente y absoluta desconsideración de sus consecuencias. La culpa grave se caracteriza precisamente por tal indiferencia ante un resultado muy probablemente dañino o muy grave, sobre todo cuando la evitación de su producción sería muy poco costosa, nada o poco gravosa para el dañador. Típicamente, el demandado conoce el riesgo, intencionadamente lo desconsidera, y conoce los hechos que convierten a tal riesgo en obvio. A lo largo de este e-libro, veremos muchos supuestos de responsabilidad por negligencia grave en Leyes que eximen de responsabilidad a quien actúa o deja de hacerlo por (simple) negligencia. También veremos que los tribunales utilizan el

concepto de "negligencia grave" con criterios muy ceñidos a las circunstancia de cada caso y con el objeto de llegar a soluciones de justicia material.

La negligencia grave actúa así como un concepto válvula entre el dolo, la causación de daños, y la negligencia (simple), causación imprudente pero no intencional. La base de la categoría de la negligencia grave ha sido discutida: Geoffrey Christopher RAPP, The Wreckage of Recklessness, *68 Washington University Law Review*, 111, 120 (2008). En derecho, la discusión sobre los grados de la culpa es milenaria: Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) distinguía ente culpa latíssima, latior, lata, leve y levíssima. Comentario a la Lex Quod Nerva (D. 16, 3, 32) (Ulrico AGNATI, *Il commento di Bartolo da Sassoferrato alla Lex Quod Nerva (D. 16, 3,32). Introduzione, testi e annotazioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2004). Para una búsqueda del grado de relevancia legal del concepto de "culpa grave", los lectores pueden escribir en Google "culpa grave BOE". Culpa lata dolo aequiparatur…

Una de las preguntas fundamentales que plantea la responsabilidad civil médica durante la pandemia por el COVID-19 es si en una situación de extrema urgencia y gravedad, y de limitación de recursos asistenciales, son exigibles a los profesionales sanitarios deberes de precaución menos intensos que en condiciones normales. La respuesta clásica en derecho de daños es que, con carácter general, la emergencia es una de las circunstancias que modulan los deberes de cuidado, aunque no se haya construido una doctrina específica (véase el apartado 7 anterior) , y en el ámbito concreto de la asistencia sanitaria, el estándar de diligencia exigible es el de la lex artis ad hoc, esto es, ha de considerar el caso concreto en que se produce la intervención médica y las circunstancias en que ésta se desarrolla. Ello llevaría a considerar que la obligación de indemnizar los daños a cargo de los profesionales sanitarios o de la Administración sanitaria por actuaciones de su personal debería reservarse a los casos de negligencias graves, esto es, cuando se han infringido los deberes de cuidado más básicos o elementales. Una regla de exoneración similar está recogida en el artículo 14 de los Principles for the Covid-19 Crisis, del European Law Institute:

> Principle 14 Exemption from liability for simple negligence:
> "(1) Given the urgent and dramatic circumstancesin which doctors, healthcare professionals, and other providers in the medical sector have to provide services, States should ensure that these professionals are not held liable for adverse events related to the COVID-19, except in the case of at least gross negligence.
> (2) The same applies with respect to other professionals and holders of public offices who had to take quick and difficult decisions directly related to the COVID-19 crisis.
> (3) These exemptions from liability do not apply to the liability of the State, which remains liable pursuant to the existing specific regime of liability".

En parecido orden de ideas, pero en derecho penal, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal incluye unos nuevos artículos 142 y 152 que distinguen entre imprudencia grave e imprudencia menos grave. Un análisis quietista de la reforma puede verse en Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala coordinador de seguridad vial. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. Los nuevos conceptos de imprudencia grave y menos grave de los arts. 142 y 152 CP y su incidencia en la actuación especializada del MF para una efectiva protección penal de la seguridad vial. Fiscalía General del Estado.

Capítulo 4
Negligencia (II): Estimación del riesgo

1. El cálculo del riesgo como presupuesto de la negligencia. 89
1.1. Eckert v. Long Island R.R. [43 N.Y. 502 (1871)] 89
1.2. STS, 1ª, 1186/2004, de 10 de diciembre, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. 91
2. El concepto económico de negligencia: United States v. Carroll Towing Co. [159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)] 92
3. Críticas al concepto económico de negligencia..... 94
4. Criterios de integración del deber de diligencia y, en particular, la costumbre (Custom) 102
4.1. Los distintos criterios de integración del deber de diligencia 102
4.2. En particular, la costumbre 103
4.3. El caso Alvia 105
5. Pablo Salvador Coderch/Antonio Fernández Crende, "Instrumentos de control social y derecho de daños", InDret 4/2004 (www.indret.com), pp. 10-12 110

1. El cálculo del riesgo como presupuesto de la negligencia.

En la cultura jurídica contemporánea la tesis de que, a la hora de valorar la negligencia, hay que tener en cuenta los costes y los beneficios sociales de la actividad peligrosa que realiza el demandado, se asocia con el análisis económico del derecho y es criticada por muchos. Sin embargo, aunque la antigüedad y la tradición no son el único título legitimador de una doctrina, la idea de que en un mundo finito, con recursos limitados, la precaución que hay que aplicar, dadas las circunstancias, a la realización de una actividad (lícita, socialmente más beneficiosa que perjudicial, pero también peligrosa) no es infinita es muy vieja:

1.1. *Eckert v. Long Island R.R.* [43 N.Y. 502 (1871)]

"(…) The case, as made by the plaintiff, was that the deceased received an injury from a locomotive engine of the defendant, which resulted in his death, on the 26th day of November, 1867, under the following circumstances:

He was standing in the afternoon of the day named, in conversation with another person about fifty feet from the defendant's track in East New York, as a train of cars was coming in from Jamaica at a rate of speed estimated by the plaintiff's witnesses of from twelve to twenty miles an hour. The plaintiff's witnesses heard no signal either, from the whistle or the bell upon the engine.

The claim of the plaintiff was that the evidence authorized the jury to find that the speed of the train was improper and negligent in that particular place, it being a thickly populated neighborhood and one of the stations of the road.

The evidence on the part of the plaintiff also showed that a child three or four years old was sitting or standing upon the track of the defendant's road as the train of cars approached and was liable to be run over, if not removed; and the deceased, seeing the danger of the child, ran to it, and, seizing it, threw it clear of the track on the side opposite to that from which he came, but, continuing across the track himself, was struck by the step or some part of the locomotive or tender, thrown down, and received injuries from which he died the same night.

The evidence on the part of the defendant tended to prove that the cars were being run at a very moderate speed, not over seven or eight miles an hour, that the signals required by law were given, and that the child was not on the track over which the cars were passing, but on a side track near the main track.

So far as there was any conflict of evidence or question of fact, the questions were submitted to the jury. The jury found a verdict for the plaintiff and the judgment entered thereon was affirmed, on appeal, by the Supreme Court and from the latter judgment the defendant has appealed to this court.

GROVER, J. The important question in this case arises upon the exception taken by the defendant's counsel to the denial of his motion for a nonsuit, made upon the ground that the negligence of the plaintiff's intestate contributed to the injury that caused his death. The evidence showed that the train was approaching in plain view of the deceased, and had he for his own purposes attempted to cross the track, or with a view to save property placed himself voluntarily in a position where he might have received an injury from a collision with the train, his conduct would have been grossly negligent, and no recovery could have been had for such injury. But the evidence further showed that there was a small child upon the track, who, if not rescued, must have been inevitably crushed by the rapidly approaching train. This the deceased saw, and he owed a duty of important obligation to this child to rescue it from its extreme peril, if he could do so without incurring great danger to himself. Negligence implies some act of commission or omission wrongful in itself. Under the circumstances in which the deceased was placed, it was not wrongful in him to make every effort in his power to rescue the child, compatible with a reasonable regard for his own safety. It was his duty to exercise his judgment as to whether he could probably save the child without serious injury to himself. If, from the appearances, he believed that he could, it was not negligence to make an attempt so to do, although believing that possibly he might fail and receive an injury himself. He had no time for deliberation. He must act instantly, if at all, as a moment's delay would have been fatal to the child. The law has so high a regard for human life that it will not impute negligence to an effort to preserve it, unless made under such circumstances as to constitute rashness in the judgment of prudent persons. For a person engaged in his ordinary affairs, or in the mere protection of property, knowingly and voluntarily to place himself in a position where he is liable to receive a serious injury, is negligence which will preclude a recovery for an injury so received; but when the exposure is for the purpose of saving life it is not wrongful, and therefore not negligent, unless such as to be regarded either rash or reckless. The jury was warranted in finding the deceased free from negligence under the rule as above stated. The motion for a nonsuit was therefore properly denied. That the jury was warranted in finding the defendant guilty of negligence in running the train in the manner it was running requires no discussion. None of the exceptions taken to the charge as given, or to the refusals to charge as

requested, affect the right of recovery. Upon the principle above stated, the judgment appealed from must be affirmed, with costs.

CHURCH, C. J., and PECKHAM and RAPALLO, JJ., concur.

ALLEN, J., wrote a dissenting opinion, in which FOLGER, J., concurred.

Judgment affirmed".

Hay muchos modos de analizar normativamente un caso como el descrito: se puede arrancar considerando que los riesgos creados por cada parte no eran recíprocos, sino que el asociado con las ferrovías es extraordinario. A ello se puede responder que no resulta viable vallar todas las vías de un ferrocarril o que ello solo resulta exigible en entornos en los cuales el error humano sea previsible y así, sucesivamente. En la jurisprudencia española, la idea, expuesta en el viejo caso norteamericano, de que la precaución exigible al demandado ha de ser conmensurable con el riesgo que él mismo ha generado aparece en muchas sentencias del Tribunal Supremo español, aunque casi nunca de forma central:

1.2. STS, 1ª, 1186/2004, de 10 de diciembre, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

El 18.8.1990, José Manuel intentó socorrer a otra persona que se estaba ahogando en la playa de Cullera (Valencia) en una zona alejada de la de uso habitual de los bañistas, sin que existiera en las cercanías miembros del servicio de socorristas municipales y cuando el mar estaba picado. A pesar de que una zódiac de socorristas acudió a rescatarles, ambos fallecieron.

La viuda de José Manuel, en nombre propio y en el de su hijo, demandó al Ayuntamiento de Cullera y solicitó una indemnización de 120.202,42 €.

El JPI nº 1 de Sueca estimó la demanda (2.7.1996) y condenó al Ayuntamiento al pago de 102.172 €, de los cuales 72.121,45 € para la actora y 30.050,60 € para su hijo. La AP de Valencia (Secc. 8ª, 4.5.1998) estimó el recurso de apelación, revocó la SJPI y absolvió al Ayuntamiento.

El TS desestimó el recurso de casación al considerar que la actuación de la víctima fue negligente, pues no tuvo en consideración el mal estado del mar, y que, en cambio, la conducta del equipo de salvamento fue adecuada: "el hecho en cuestión no puede ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable –el Ayuntamiento de Cullera- ya que aparte de la actuación personal del fallecido creadora del riesgo por su comportamiento, que aunque impregnado de un sentimiento solidario de amistad y altruismo, no tuvo en cuenta el mal cariz que presentaba el mar, que en ese momento suponía un peligro serio"(FD 1º).

Obviando la posible responsabilidad de la persona a quien se intentó salvar -que la actora pretiere aferrándose a la tesis de la hipotética responsabilidad de una entidad solvente, el Ayuntamiento-, la cuestión radica en determinar si este o, más concretamente, los servicios municipales de vigilancia de playas y salvamento incumplieron, por omisión, el deber de interrumpir el curso causal anteriormente mencionado.

Puede pensarse que, dada la autopuesta en peligro -o, dicho de otro modo, la asunción del riesgo- por parte de los bañistas, la Administración no incumplió su deber de protección y salvamento, pues no tiene la obligación de prever todo tipo de accidentes ni de proveer servicios de salvamento de forma que se reduzca el número de accidentes hasta cero, incluyendo los gravemente negligentes.

En este sentido, según el TS, la actuación de los servicios de salvamento fue "lógica y correcta", pues "no se puede exigir que haya una abundancia tal de socorristas que puedan actuar de inmediato"(FD 1º).

2. El concepto económico de negligencia: *United States v. Carroll Towing Co.* [159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)]

U.S. v. Carroll, resuelto en 1947, es el caso de derecho de daños más famoso del siglo XX quizás porque acuñó el concepto económico de negligencia en el cénit cultural de un sistema económico. Todavía hoy, es casi inconcebible un curso de responsabilidad civil impartido en cualquiera de las cincuenta facultades de derecho más prestigiosas según los rankings al uso que no mencione *U.S. v. Carroll*, aunque solo sea para tratar de superarlo. Como ha de ser:

"The incident out of which this admiralty case arose was the sinking of a barge, along with its cargo, allegedly because of the defendant's negligence. A crucial issue in the case involved whether the person in charge of the barge, the bargee, was negligent in being ashore, away from the barge, during the period when it got into difficulties and sank. If the bargee's absence was negligence, and if it contributed substantially to the loss of the barge, then the bargee's employer, the owner of the barge, would not receive full recovery from the other parties whose negligence put the barge into difficulties in the first place."

L. HAND, J.

It appears (…) that there is no general rule to determine when the absence of a bargee or other attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from her moorings. However, in any cases where he would be so liable for injuries to others obviously he must reduce his damages proportionately, if the injury is to his own barge. It becomes apparent why there can be no such general rule, when we consider the grounds for such a liability. Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables:

1. The probability that she will break away;
2. The gravity of the resulting injury, if she does;
3. The burden of adequate precautions.

Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether B less than PL. Applied to the situation at bar, the likelihood that a

barge will break from its fasts and the damage it will do, vary with the place and time; for example, if a storm threatens, the danger is greater; so it is, if it is in a crowded harbor where moored barges are constantly being shifted about. On the other hand, the barge must not be the bargee's prison, even though he lives aboard; he must go ashore at times. We need not say whether, even in such crowded waters as New York Harbor a bargee must be aboard at night at all; it may be that the custom is otherwise… and that, if so, the situation is one where custom should control. We leave that question open; but we hold that it is not in all cases a sufficient answer to a bargee's absence without excuse, during working hours, that he has properly made fast his barge to a pier, when he leaves it. In the case at bar the bargee left at five o'clock in the afternoon of January 3rd, and the flotilla broke away at about two o'clock in the afternoon of the following day, twenty-one hours afterwards. The bargee had been away all the time, and we hold that his fabricated story was affirmative evidence that he had no excuse for his absence. At the locus in quo -especially during the short January days and in the full tide of war activity- barges were being constantly 'drilled' in and out. Certainly it was not beyond reasonable expectation that, with the inevitable haste and bustle, the work might not be done with adequate care. In such circumstances we hold -and it is all that we do hold- that it was a fair requirement that the Conners Company should have a bargee aboard (unless he had some excuse for his absence), during the working hours of daylight.

La aportación más novedosa e importante del Juez Hand es la comparación y equilibrio entre los costes de adoptar medidas de precaución y los daños esperados. Así cuando los daños esperados son mayores que el coste de la precaución que podría adoptar el potencial causante del daño, éste tendrá el deber de adoptar dichas medidas de precaución. En cambio, cuando los daños esperados sean menores que los costes de precaución, no parece razonable que se imponga al potencial causante del daño el deber de adoptar estas medidas de cuidado.

En la literatura secundaria, es clásico el trabajo de Richard POSNER, *A Theory of Negligence* 1 J. Legal Stud. 29, 1972. Una buena presentación gráfica del modelo de Hand, un poco modificado, pues tiene en cuenta precauciones marginales, es la siguiente:

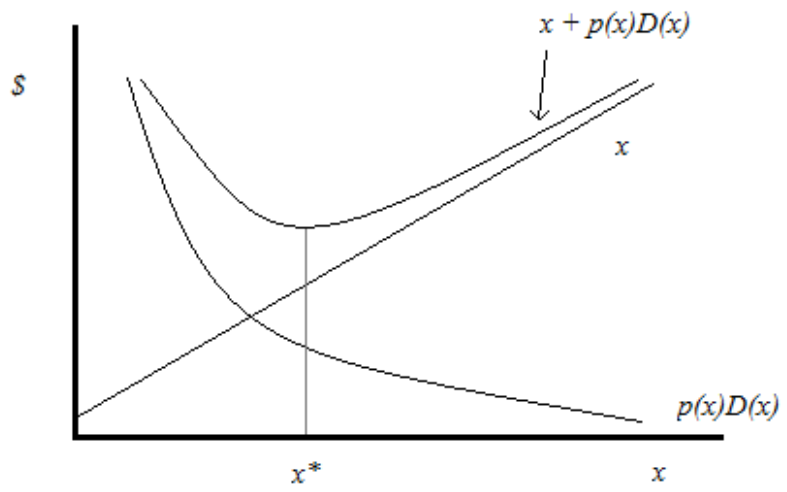


Gráfico de John PRATER BROWN (1983)/Steven SHAVELL (1987).

En el gráfico, los daños son una función del deber de cuidado [D(x)]. A su vez, los daños esperados [p(x)D(x)] son función decreciente de la inversión en medidas de cuidado. Así, cuanto mayor sea la inversión en medidas de cuidado, menor será el daño esperado.
La inversión óptima -y a la vez exigible- en precaución será aquella que minimice la suma de los costes de las medidas de precaución y el daño esperado. Así, si el causante del daño adoptó el nivel de cuidado exigible, éste será considerado no negligente. En cambio, si el causante del daño adoptó un nivel de cuidado inferior al exigible, éste se considerará negligente.

En el derecho común norteamericano, el concepto económico de negligencia ha sido recibido por el **§ 3** ***Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*** (2010):
Negligence

> A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances.
>
> Primary factors to consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are:
>
> 1. The foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm.
> 2. The foreseeable severity of any harm that may ensue.
> 3. And the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.

Una discusión clásica del concepto económico de negligencia, entendido como la traducción a terminología económica del criterio legal tradicional sobre culpa, puede leerse con aprovechamiento en *McCarthy v. Pheasant Run, Inc.* (826 F.2d 1554 (7th Circ. 1987), ponencia del juez Richard Posner. En el caso, la huésped de un hotel demandaba a la compañía explotadora del establecimiento porque una puerta corredera de su habitación que comunicaba con un pasaje público no había sido cerrada con llave y un intruso había irrumpido en la habitación y había atacado a la actora.

3. Críticas al concepto económico de negligencia

Desde que, a inicios de la década de los 70 del siglo pasado, Richard Posner ofreciera la primera generalización del concepto económico de negligencia a partir de *U.S. v. Carroll Towing* esta versión ha sido objeto de una literatura ingente.

Aquí, corresponde únicamente resumir algunas de las principales críticas de las cuales ha sido objeto:

1. Un viejo aforismo: ***Judex non calculat***, es decir, los tribunales no son consultorías, sino que aplican el derecho, de acuerdo con las convenciones interpretativas dominantes en la comunidad jurídica a los hechos del caso, tal y como consideran que han resultado probados a lo largo del proceso.
   La observación acaso prueba demasiado: ciertamente, jueces y tribunales son expertos solo en derecho pero ello no les veda construir su decisión sobre el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos para resolver el caso tal y como resultan, obviamente, tanto si son notorios como si siguen naturalmente a la prueba pericial practicada. Otro orden de la objeción es la muy similar a la anterior formulada por quienes creen que salvo que la ley se lo ordene el juez no debe resolver bajo criterios económicos sino solamente bajo criterios estrictamente normativos.

   El caso de referencia es ***Grimshaw v. Ford Motor Co.*** **((1981) 119 Cal. App. 3d 757 [174 Cal. Rptr. 348])**

   In May 1972, Lily Gray was traveling with Richard Grimshaw, who was thirteen years old at the time in a 1972 Ford Pinto. Mrs Gray stopped for gasoline, got back onto the freeway and drove at 60/65 miles per hour. Approaching Route 30 off-ramp, she changed to the middle lane of the freeway and shortly after the car hatchback stalled, erupting into flames. A Ford Galaxie traveling in the same direction of the Pinto collided read-ended with it. The impact ignited a fire in the Pinto, which killed Lily Gray and left Richard Grimshaw with devastating injuries such as permanent disfiguring burns to his body.

   At trial, one of the main issues to determine by the court was whether the Pinto fuel system was properly designed. In 1968, Ford began designing the subcompact car that eventually became the Pinto. The design of the Ford Pinto's required the gas tank to be placed behind the rear axle, instead of over the rear axle as seen in other cars at the time. This placement of the gas tank resulted in a "crush space" of 9 or 10 inches - far less than any other American automobile or Ford subcompact sold overseas. Evidence showed that Ford´s decision not to make design changes was based on a risk-benefit analysis that indicated that the costs of performing a fuel tank adjustment would be 2.5 times larger tan the resulting benefits. No other factor was considered.

   Ford tested several prototypes and two production models of the Pinto to determine, among other things, the integrity of the fuel system in rear-end impacts. Crash tests proved that the Pinto could not meet a proposed federal regulation requiring all vehicles manufactured in 1972 to be able to withstand a 20 MPH fixed barrier impact without significant fuel spillage, nor the proposed regulation requiring vehicles manufactured in 1973 to withstand a 30 MPH impact. Design changes at a relatively small cost could have enhanced the fuel system.

   The trial court rendered a judgment against Ford and the jury awarded the Gray family $560,000 and Matthew Grimshaw $2.5 million in compensatory damages. The jury awarded $125 million in punitive damages that were subsequently reduced to $3.5 million.

   On appeal, Ford claimed that the trial court erroneously admitted irrelevant, highly prejudicial documentary evidence. Ford also further stated that it was entitled to a verdict notwithstanding the judgment on the issue of punitive damages on two grounds: 1) that punitive damages were statutorily and constitutionally impermissible in design defect cases;

and 2) that there was no evidentiary support for a finding of malice or corporate responsibility for malice. Ford argued that the punitive damages should be reversed because of erroneous instructions and excessiveness of the award.

On appeal Grimshaw produced evidence showing that the defendant was aware of the dangers associated with the faulty design of the Pinto's fuel system, and that those defects could have been addressed at very little cost. At trial, Ford argued in favor of the Pinto's design based on a risk-benefit analysis between the cost of human life and limb versus corporate profits.

The court of appeals affirmed the trial court's ruling in favor of the plaintiff understanding there was substantial evidence that Ford's management was aware of the design flaws and that Ford´s conduct endangered many lives. The court further stated that the amount of punitive damages was not excessive, as Ford argued, and compared Ford's 7.7 billion dollar net worth and 983 million dollar income after taxes in 1976, the court found that the punitive award was approximately 0.005% of Ford's net worth and 0.03% of its income. In light of the ratio of punitive damages to compensatory damages of approximately 1.4:1, the punitive damages awarded were not excessive.

2. La segunda objeción, casi filosófica, es la de la **inconmensurabilidad**: no se trataría solo que dos daños muy similares sean muy difíciles de comparar o de que, sencillamente, resulten incomparables. Es que, *ex ante*, y en relación con los tres elementos de la fórmula de Hand, su cuantificación o, al menos, una aproximación razonable son muy difíciles de realizar.

   El caso de referencia es ***Helling v. Carey*** **[519 P. 22d 981 (Wash. 1974)]:**

   Entre los años 1959 y 1968, la demandante acudía periódicamente a la consulta del oftalmólogo demandado para visitarse y tratarse de una irritación en los ojos causada por lentes de contacto. A finales de 1968, cuando la demandante tenía 32 años de edad, el demandado sospechó que aquella podría sufrir de glaucoma -una enfermedad de los ojos causada por un exceso de presión sobre el nervio óptico- cuando la paciente le dijo que había perdido visión periférica. El oftalmólogo le aplicó entonces un test de presión que confirmó el diagnóstico. La paciente acabó por perder la vista, pero un tratamiento temprano habría evitado el daño. En el pleito que siguió por mala praxis médica, el demandado alegó que el estándar profesional no exigía practicar pruebas de presión a pacientes menores de cuarenta años de edad, pues se trataba de una enfermedad muy poco común que solo se presentaba en 1/25.000 casos. Suponiendo que el coste de cada test aplicado a cada niño o persona joven que se visite es de 5 USD, ¿había que haber practicado el test o no? Fíjense que tenemos B = 5, P= 1/25.000, pero que nos falta L, la evaluación de la pérdida de la visión. Si B = PxL, entonces 5 = 125.000/25.000. Mas ¿cuánto vale un ojo de la cara?

   Consta acreditado, además, que el 96% de los pacientes diagnosticados con glaucoma por aplicación del test de presión no tenían la enfermedad (EPSTEIN/SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, 10th ed., Aspen Publishers, 2012, p. 215).

HUNTER, ASSOCIATE JUSTICE. This case arises from a malpractice action instituted by the plaintiff (petitioner), Barbara Helling.

The plaintiff suffers from primary open angle glaucoma. Primary open angle glaucoma is essentially a condition of the eye in which there is an interference in the ease with which the nourishing fluids can flow out of the eye. Such a condition results in pressure gradually rising above the normal level to such an extent that damage is produced to the optic nerve and its fibers with resultant loss in vision.... The disease usually has few symptoms and, in the absence of a pressure test, is often undetected until the damage has become extensive and irreversible.

The defendants (respondents), Dr. Thomas F. Carey and Dr. Robert C. Laughlin, are partners who practice the medical specialty of ophthalmology. Ophthalmology involves the diagnosis and treatment of defects and diseases of the eye.

The plaintiff first consulted the defendants for myopia, nearsightedness, in 1959. At that time she was fitted with contact lenses. [She consulted the defendants several times over the next nine years.] Until the October 1968 consultation, the defendants considered the plaintiff's visual problems to be related solely to complications associated with contact lenses. On that occasion, the defendant, Dr. Carey, tested the plaintiff's eye pressure and field of vision for the first time. This test indicated that the plaintiff had glaucoma. The plaintiff (...)was then 32 years of age.

Thereafter, in August of 1969, after consulting other physicians, the plaintiff filed a complaint against the defendants alleging, among other things, that she sustained severe and permanent damage to her eyes as a proximate result of the defendants' negligence. During trial, the testimony of the medical experts for both the plaintiff and the defendants established that the standards of the profession for that specialty in the same or similar circumstances do not require routine pressure tests for glaucoma upon patients under 40 years of age. The reason the pressure test for glaucoma is not given as a regular practice to patients under the age of 40 is that the disease rarely occurs in this age group. Testimony indicated, however, that the standards of the profession do require pressure tests if the patient's complaints and symptoms reveal to the physician that glaucoma should be suspected.

The trial court entered judgment for the defendants following a defense verdict. The plaintiff thereupon appealed to the Court of Appeals, which affirmed the judgment of the trial court Helling v. Carey, 8 Wn. App. 1005 (1973). The plaintiff then petitioned this court for review, which we granted.

In her petition for review, the plaintiff's primary contention is that under the facts of this case the trial judge erred in giving certain instructions to the jury and refusing her *517 proposed instructions defining the standard of care which the law imposes upon an ophthalmologist (…)

We find this to be a unique case. (…) The issue is whether the defendants' compliance with the standard of the profession of ophthalmology, which does not require the giving of a routine pressure test to persons under 40 years of age, should insulate them from liability

under the facts in this case where the plaintiff has lost a substantial amount of her vision due to the failure of the defendants to timely give the pressure test to the plaintiff.

The incidence of glaucoma in one out of 25,000 persons under the age of 40 may appear quite minimal. However, that one person, the plaintiff in this instance, is entitled to the same protection as afforded to persons over 40, essential for timely detection of the evidence of glaucoma where it can be arrested to avoid the grave and devastating result of this disease. The test is a simple pressure test, relatively inexpensive. There is no judgment factor involved, and there is no doubt that by giving the test the evidence of glaucoma can be detected. The giving of the test is harmless if the physical condition of the eye permits. The testimony indicates that although the condition of the plaintiff's eyes might have at times prevented the defendants from administering the pressure test, there is an absence of evidence in the record that the test could not have been timely given (...).

Under the facts of this case reasonable prudence required the timely giving of the pressure test to this plaintiff. The precaution of giving this test to detect the incidence of glaucoma to patients under 40 years of age is so imperative that irrespective of its disregard by the standards of the ophthalmology profession, it is the duty of the courts to say what is required to protect patients under 40 from the damaging results of glaucoma.

We therefore hold, as a matter of law, that the reasonable standard that should have been followed under the undisputed facts of this case was the timely giving of this simple, harmless pressure test to this plaintiff and that, in failing to do so, the defendants were negligent, which proximately resulted in the blindness sustained by the plaintiff for which the defendants are liable (...).

The judgment of the trial court and the decision of the Court of Appeals is reversed, and the case is remanded for a new trial on the issue of damages only.

En la jurisprudencia española, la problemática de la inconmensurabilidad, abordada por Helling, aparece en numerosas sentencias. Destacamos tres de ellas:

STS, 3ª, de 26 de junio de 2008 (RJ 6525), MP: Margarita Robles Fernández.

En abril de 1999, el Sr. Octavio acudió a un Centro de Atención Primaria de Argamasilla de Calatrava (Ciudad Real) donde el Dr. Millán, médico de cabecera del actor, le diagnosticó tuberculosis, que no fue confirmada por médico especialista, e inició tratamiento farmacológico con Rifinah (F: Sanofi Aventis, S.A.; PA: Isoniazida, Rifampicina; AT: tratamiento de la tuberculosis). En agosto de 1999, se retiró la medicación al Sr. Octavio porque su consumo le había causado una neuritis óptica bilateral, lo que devino en una incapacidad permanente absoluta. Consta acreditado que la neuritis óptica es una reacción poco frecuente (1/10.000 tratamientos) de la isoniazida y que puede paliarse con vitamina B 6, que no se le administró al paciente.

El Sr. Octavio interpuso, primero, reclamación administrativa contra la Administración General del Estado, el Instituto Nacional de la Salud y Mapfre Industrial, S.A. en la que solicitaba 26 millones de ptas. (156.263 euros), que fue desestimada por silencio

administrativo y, después, recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que también fue desestimado (3.3.2004). El actor interpuso finalmente recurso de casación.

El TS estimó dicho recurso de casación, en el que se alegaba infracción del art. 141.1 Ley 30/1992, y condenó a la Administración General del Estado al pago de 30.000 euros porque "debe entenderse que siendo médicamente conocidos los efectos secundarios de la administración de isoniacida y que estos hubieran podido, si no prevenirse, sí minimizarse con la administración conjunta de la vitamina B 6, la no pautación de dicha vitamina al recurrente, a quien como a cualquier paciente, según el informe pericial, se le podían producir dichos efectos secundarios, sin olvidar además que al mismo no se le había realizado prueba que hubiese permitido una mejor confirmación del diagnóstico de presunción, supone una infracción de la "lex artis" que le ha generado una pérdida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros, si se le hubiese administrado conjuntamente la vitamina B 6" (FD 5ª).

Las sociedades médicas profesionales ofrecen a sus socios guías y estándares que dan razón de la lex artis. Así, por ejemplo, la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC) (https://www.semfyc.es/medicos/) ofrece la Guía Terapéutica en Atención Primaria y otras guías clínicas. En relación con el caso resuelto por la sentencia citada, véase http://www.meiga.info/guias/eatb.asp. (debo esta indicación a la Doctora Elena Díez Huidobro a quien el equipo de investigación que elabora y pone al día este e-libro queda muy agradecido).

STS, 1ª, 64/2011, de 9 de febrero, MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

El 3.3.2001, Isaac esquiaba en la estación de La Molina (propiedad de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya), junto con su familia, cuando cayó y se deslizó hasta impactar contra un cañón de nieve artificial. A raíz del accidente, sufrió fracturas en las vértebras D7, D8, D11 y D12, pertenecientes a dos zonas diferentes de la columna, y una paraplejia L1, con afectación de esfínteres rectales y urinarios.

Isaac y su mujer África demandaron, en su nombre y en el de sus tres hijas menores de edad-Maite, Melisa y Noemí-, a Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya y a su aseguradora Winterthur y solicitaron una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (no consta cuantía).

El JPI nº 7 de Barcelona (15.12.2004) estimó en parte la demanda y condenó a las demandadas (a Winterthur solamente hasta los 300.005,99€ cubiertos por la póliza de seguro) al pago de 646.803,97€ a Isaac y de 90.000€ por el daño moral causado a la mujer y a las hijas del actor.

La AP de Barcelona (Sección 1ª, 20.9.2006) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los actores y aumentó la indemnización a pagar por las demandadas a 790.220,60€ y a 110.000 € respectivamente.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados:

"(…) debe juzgarse como razonable la decisión de calificar como no diligente la conducta de la empresa titular de la estación pues (…) el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo, cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad deportiva colocando en un lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generó un riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo". (FD 4º)

Vídeo de un accidente similar en Vallter 2000 en el año 2008
http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/11638/el-terrible-accidente-en-la-nieve-que-costo-la-vida-a-un-joven-colombiano-en-espana/

3. Otro problema relacionado con el anterior es el número, en cada constelación de casos, de **falsos positivos**, una circunstancia que encarecería mucho la práctica del test de que se trate: si el test de presión diera equivocadamente positivo en muchos casos, de forma tal que solo un 10% de los positivos fuera auténtico, es decir, indicara que el paciente desarrollaría glaucoma, habría que practicar controles adicionales que podrían encarecer mucho su coste. Volveremos sobre la cuestión al tratar sobre la costumbre y la conveniencia o no de trazar estándares profesionales para rechazar la negligencia cuando estos se hayan respetado.

4. En el ABC de la economía, pero no en el del derecho, está la distinción entre magnitudes absolutas -agregadas o totales- y **marginales**. Piénsese en un caso en el cual los primeros 60 euros o dólares USA invertidos por unidad de actividad eviten daños por un importe de 120 euros o dólares, pero que en cambio, los segundos 40, solo ahorren daños evaluados en 30, etcétera. Entonces, aunque (60 + 40) = 100 < (120 + 30)= 150, es mejor, menos malo, quedarse en 60 de inversión en precaución, pues los segundos 40 superan en 10 los 30 de daños potenciales que se ahorra con dicha inversión. Si los lectores no gustan contar en unidades económicas, euros o dólares, es decir, en dinero, pueden hacerlo en cualquier otra unidad que prefieran como por ejemplo, *quality adjusted years of life, QUALY's.* Volvemos de alguna manera a la inconmensurabilidad. El dinero es una muy mala medida pero es universal. Los QUALYs son muy difíciles de estimar y desde luego no se aplican a las cosas.

5. La fórmula no captura el **autorriesgo** (Robert D. COOTER & Ariel PORAT, *Getting Incentives Rights: Improving torts, Contract and Restitution*, 2014, y PORAT-COOTER, 29 J. Legal, Stud 19, 2000), la autopuesta en riesgo, es decir, no tiene en cuenta los daños probables causados por el comportamiento del demandado a sí mismo o a sus propios bienes, aunque se incluyen en la contabilidad nacional.

En la literatura histórica los juristas, como, por ejemplo, los penalistas clásicos, siempre habían tenido en cuenta la pena de daño para descontarla de la sanción penal que había que imponer a los padres que en un descuido provocaban un accidente que causaba la muerte

por heridas graves a su hijo: el sufrimiento derivado del daño debía ser descontado de la pena que normalmente se habría puesto a un extraño en las mismas circunstancias. De lo contrario, habría sobre-prevención -*over-deterrence*- y, en definitiva, menos hijos.

¿Tiene entonces sentido la objeción de PORAT-COOTER 2000 y 2014 conforme a la cual hay que sumar a los costes de los daños causados a terceros aquellos que derivan del causado a uno mismo o a sus propios bienes? ¿Lo tiene sobrecargar la intensidad del deber de precaución del demandado por el importe de los daños probables causados negligentemente a sus propios bienes además de a los bienes de un tercero cuando como dueño de ellos podría haberlos destruido?

6. La fórmula de Hand asume que las más de las gentes son **neutrales al riesgo**. No obstante, muchas personas, por no decir la mayoría, preferirían un 10% de probabilidad de perder 100 a un 50% de perder 20. Solo los aventureros y los empresarios son amantes al riesgo -*risk-takers*. El ejemplo se ve más claro en los casos de muerte y de daños personales graves. La mayor parte de la gente estaría dispuesta a incrementar sus inversiones en precaución para preservar su vida en mucho más que diez veces si su riesgo de morir pasara del 1 por mil al 1 por ciento. Pero de nuevo, esto no quita que haya deportistas amantes del riesgo y la aventura que disfrutan mucho más cuanto mayor es el riesgo, lo cual dicho sea de paso, es una razón más para tomar en consideración el consentimiento de la víctima o la asunción del riesgo como excepción oponible a una pretensión de daños.

7. Otra objeción de la regla de Hand deriva de la consideración de que si fuera correcta y se aplicara siempre y bien, entonces **nadie causaría accidentes** de forma negligente. Una respuesta posible pero acaso poco plausible es que la fórmula es teóricamente correcta, pero casi nunca se aplica bien. Otra más razonable es que hay lapsos de conducta inexcusables, pero también hay otros que le ocurren incluso al más experto de los agentes sociales de la actividad de que se trate. De nuevo COOTER-PORAT 2014 defienden que los jueces deberían distinguir entre lapsos indisociables de la conducta humana -*errare humanum est*- de aquellos caracterizables como torpezas razonablemente evitables. ¿Están realmente bien equipados los tribunales para distinguir entre unos y otros?, a quien alega que errar es humano, ¿se le puede oponer que *perserverare autem diabolicum*?

8. Otra objeción es la de la **discontinuidad** de la función de responsabilidad por negligencia: si se observa el gráfico anterior, se comprobará que el demandado potencial que es suficientemente prudente aunque lo sea por haber invertido únicamente una unidad monetaria más no paga nada por concepto de daños porque será absuelto de la demanda y asume únicamente los costes de su propia precaución. En cambio, si omite esta última unidad monetaria de su precaución pasa de golpe a responder por todos los daños causados. Esta discontinuidad de la función de negligencia *secundum* Hand genera sobre-prevención.

9. También, no es que el juez no calcule, como hemos comentado al formular la primera objeción, es que ninguno de nosotros **calculamos siempre**, en todo momento, ocasión y circunstancia de la vida, y no lo hacemos, entre otras razones, porque no podemos físicamente calcular los riesgos y beneficios de cada una de las docenas de actividades que llevamos a cabo cada día. Hand, implícitamente, y con él casi todos los economistas neoclásicos, y suponen que gozamos de los atributos de la divinidad.

10. La décima objeción a la regla merece un epígrafe aparte, el siguiente. Es el caso de la adecuación de la conducta del demandado no al óptimo de la relación coste beneficio, sino a otros criterios de integración del deber de diligencia y particularmente a la **costumbre**.

4. Criterios de integración del deber de diligencia y, en particular, la costumbre (*Custom)*

4.1. Los distintos criterios de integración del deber de diligencia

Para valorar el comportamiento del demandado, hay que tener en cuenta, en primerísimo lugar, las **disposiciones de la ley** o, más frecuentemente, de los **reglamentos** que la desarrollan en tema de estándares de precaución. Y también, si la ley no lo ha excluido, hay que tener en cuenta la costumbre o si se prefiere las buenas prácticas de la cuestión o de la práctica de la que se trate pero es importante destacar que entre las leyes por un lado y la costumbre por otro hay que destacar que las **alternativas** son muy diversas y muy distintas en cuanto a su grado de exigencia. Véase si no, la lista siguiente de estándares usualmente utilizados por las agencias reguladoras estadounidenses:

a. Las leyes y disposiciones reglamentarias específicas (*Specific Safety Regulations*).
b. Mejor tecnología disponible (*Best Available Technology*, BAT).
c. Reducción de riesgos a un nivel tan bajo como sea razonablemente alcanzable (*As Low As Reasonably Achievable,* ALARA).
d. Análisis coste-beneficio (*Cost-benefit analysis*)
e. Máximo cuidado posible (*The utmost care standard*)
f. Principio de precaución (*Precautionary principle*)
g. … …
h. Costumbre (*Custom*).

En primer lugar, la ley puede establecer una regla de cuidado determinada o remitirse a las disposiciones reglamentarias específicas, en cuyo caso habrá que estar a su contenido y preguntarse -siempre que la cuestión no la haya resuelto la misma ley- si esta regulación es de mínimos o de máximos.

En España, un caso reciente de interpretación del deber de diligencia con las (sucesivas) leyes aplicables al supuesto (accidente de tráfico por irrupción de reses procedentes de un coto de caza en la carretera) es la STS, 1ª, 50/2016, de 11 de febrero (ponencia de Fernando Pantaleón): la responsabilidad del propietario o arrendatario de un coto de caza no es objetiva sino por culpa, pues el riesgo tenido en cuenta por la ley es riesgo de la circulación, no de la caza, pero en el caso, el demandado no cumplió los deberes de conducta que le imponía la legislación aplicable (DA Novena de la Ley de Seguridad Vial, según la redacción que le daba la DA 3ª de la Ley 10/2009).

En sectores intensamente regulados, como el formado por la intersección del derecho de la energía y del medio ambiente, véase Richard L. REVESZ y Jack LIENKE, *Struggling for Air. Power Plants and the "War on Coal"*, New York, Oxford University Press, 2016. La cuestión central analizada en el libro es que, además de la bondad de la regla legal, hay que tener en cuenta si se aplica a todas las plantas existentes o solo a las que se construyan en el futuro: lo mejor es enemigo de lo bueno y, con frecuencia, unos estándares menos exigentes pero universalmente

aplicables son mejores que un estándar ideal (políticamente hablando) pero solo aplicable a las nuevas instalaciones.

En segundo lugar, la ley o el reglamento disponibles pueden remitirse a la mejor tecnología disponible (*Best Available Technology,* BAT) o puede establecer un estándar de reducción de riesgos que ordene reducirlos tan bajo como sea alcanzable (*As Low As Reasonably Achievable* (ALARA)). Un criterio más preciso pero acaso más económico es el que deriva de la aplicación del análisis coste-beneficio (*Cost-benefit*) y el más estricto o exigente es el que requiere adoptar el *Utmost Care Standard*, el mayor cuidado posible, algo que en la práctica implica la exigencia de recurrir a la tecnología más segura de las existentes o cesar en la actividad de la que se trate.

Se puede por supuesto exigir más, pero entonces la responsabilidad deja de ser en negligencia y pasa a ser objetiva o absoluta como es por ejemplo el caso en el que se precluye la posibilidad de oponer una excepción por riesgos de desarrollo.

4.2. En particular, la costumbre

La costumbre, los usos de la profesión, arte u oficio, sus buenas prácticas, son índices de calidad, de conducta adecuada, por diligente, del demandado, pero son solo eso: indicios, pues ni siquiera constituyen una presunción en sentido estricto. Por cierto, ¿conoce la lectora la distinción entre presunciones, indicios y sospechas?

El caso de referencia sobre usos, costumbre y tecnología es *The T.J. Hopper*. Resuelto hace más de ochenta años, su lectura es todavía un punto de partida magnífico para el análisis de la cuestión de si el respeto a la costumbre permite inducir diligencia en quién observó aquella.

The T.J. Hooper [60 F.2d 737 (2d Cir.), cert. denied, 287 U.S. 662 (1932)]

Petition by the Eastern Transportation Company, as owner of the tugs Montrose and T. J. Hooper, for exoneration from, or limitation of, liability; separate libels by the New England Coal & Coke Company and by H. N. Hartwell & Son, Inc., against the Northern Barge Corporation, as owner of the barge Northern No. 30 and the barge Northern No. 17; and libel by the Northern Barge Corporation against the tugs Montrose and Hooper. The suits were joined and heard together. From the decree rendered [53 F.(2d) 107], the petitioner Eastern Transportation Company and the Northern Barge Corporation, appeal.

[The operator of a tugboat was sued for the value of two barges and their cargoes, which were lost at sea during a coastal storm in March 1928. The basis of the claim was that the tug was negligently unseaworthy in that it was not equipped with a radio receiver, and thus could not receive reports of an impending storm. There was evidence that the master, had he heard the weather reports, would have turned back]

L. HAND,

It is not fair to say that there was a general custom among coastwise carriers so to equip their tugs. One line alone did it; as for the rest, they relied upon their crews, so far as they can be said to have relied at all. An adequate receiving set suitable for a coastwise tug can now be got at small cost and is reasonably reliable if kept up; obviously it is a source of great protection to their tows. Twice every day they can receive these predictions, based upon the widest possible information, available to every vessel within two or three hundred miles and more. Such a set is the ears of the tug to catch the spoken word, just as the master's binoculars are her eyes to see a storm signal ashore. Whatever may be said as to other vessels, tugs towing heavy coal laden barges, strung out for half a mile, have little power to manoeuvre, and do not, as this case proves, expose themselves to weather which would not turn back stauncher craft. They can have at hand protection against dangers of which they can learn in no other way.

Is it then a final answer that the business had not yet generally adopted receiving sets? There are, no doubt, cases where courts seem to make the general practice of the calling the standard of proper diligence; we have indeed given some currency to the notion ourselves. Indeed in most cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure; a whole calling may have unduly lagged in the adoption of new and available devices. It never may set its own tests, however persuasive be its usages. Courts must in the end say what is required; there are precautions so imperative that even their universal disregard will not excuse their omission. But here there was no custom at all as to receiving sets; some had them, some did not; the most that can be urged is that they had not yet become general. Certainly in such a case we need not pause; when some have thought a device necessary, at least we may say that they were right, and the others too slack. The statute (section 484, title 46, U. S. Code [46 USCA § 484]) does not bear on this situation at all. It prescribes not a receiving, but a transmitting set, and for a very different purpose; to call for help, not to get news. We hold the tugs therefore because had they been properly equipped, they would have got the Arlington reports. The injury was a direct consequence of this unseaworthiness.

DECREE AFFIRMED.

El gran especialista académico en derecho de daños, el profesor Richard Epstein, de NYU, discrepa del análisis del juez Hand en The Hooper. Epstein considera, primero, que en los casos en los que dañadores y víctimas potenciales han contratado sobre su interacción, la costumbre debería ser considerada como prueba de diligencia en ausencia de pacto en contrario. Esta primera observación es muy atendible, aunque la segunda razón de desacuerdo con Hand es más opinable, pues cuando hay daños potenciales a terceros ajenos a las partes contratantes, Epstein entiende que la costumbre no debería ser tenida en cuenta porque tampoco debería serlo la negligencia, ya que la responsabilidad debería ser objetiva. Tal es la opinión, singular, pero también proviniente del profesor americano probablemente más sabio de derecho de daños.

El ***Restatement (Third) of Torts*** resume la posición dominante el *common Law* del derecho norteamericano:

> **§ 13 *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*** (2010)**: Custom**
>
> a) An actor's compliance with the custom of the community, or of others in like circumstances is evidence that the actor's conduct is not negligent but does not preclude a finding of negligence.

b) An actor's departure from the custom of the community, or of others in like circumstances, in a way that increases risk is evidence of the actor's negligence but does not require a finding of negligence.

Otras cuestiones relacionadas con la costumbre derivan de su carácter dinámico y preguntan por las consecuencias de su cambio a lo largo del tiempo: qué ocurre si las prácticas sobre seguridad cambian a lo largo del tiempo pero un edificio, instalación o automóvil habían sido fabricados con anterioridad al cambio de legislación y no se han adaptado las nuevas exigencias. El criterio tradicional es que la costumbre, como la ley, no es retroactiva y que los viejos objetos pueden quedarse como estaban a no ser que se haya establecido lo contrario - *grandfathering*.

Un caso de referencia es ***Trimarco v. Klein* (N.Y. 1982)** en el cual reclamaba la victima que se había resbalado en la bañera y resultado severamente herida por los vidrios astillables de las mamparas de la ducha instalados en una época en la cual todavía no era legalmente obligado ni una práctica común instalar vidrio y plástico inastillables. Lo mismo ocurre en los edificios antiguos de Barcelona que no han sido restaurados y que no cuentan con *sprinklers*.

Más cuestiones relacionadas con la costumbre son las que inquieren sobre la generalización geográfica de su práctica. El código civil de 1889 se refería históricamente a la costumbre del lugar pero en 1974 la nueva regulación de fuentes del código suprimió la exigencia de localidad y aquí, como la mayor parte de las culturas avanzadas los estándares usuales se entienden como generalmente exigibles con independencia del lugar en el que se desarrolle la actividad de la que se trate. Esto es claro en el caso de la práctica médica véase (**Brune v. Bellinkoff, Mass 1968** y Kenneth S. ABRAHAM, *Custom, Non-customary Practice, and Negligence*, 109 Colum. L. Rev. 1784, 2009).

Cabe todavía preguntar, ¿con independencia de la latitud y longitud geográficas del lugar en el que se desarrolla la actividad, puede el juzgador tener en cuenta circunstancias que se den solo en alguno de los lugares puestos como comparación?

4.3. El caso Alvia

El 24 de julio de 2013, un tren Alvia de la serie 730 de Renfe, que realizaba el trayecto Madrid-Ferrol descarriló en el punto kilométrico 84,412 de la línea de alta velocidad Orense-Santiago de Compostela, situado en una curva muy pronunciada, la curva A Grandeira, próxima a la estación de Santiago de Compostela. Al entrar en la curva el tren circulaba a 195 km/g cuando la velocidad máxima de paso era de 80 km/h. Durante los seis kilómetros previos a la curva, el maquinista, el Sr. Francisco José Garzón, quien había hecho esta misma ruta unas sesenta veces, mantuvo una conversación telefónica con el interventor de a bordo del tren. Como resultado del accidente, 79 personas fallecieron y más de 130 resultaron heridas de diversa consideración.

Iniciadas actuaciones penales, una de las cuestiones planteadas se relacionaba con la posible responsabilidad –penal y civil– del maquinista del tren, pues el convoy entró en la curva a una velocidad a todas luces superior a la permitida. Pero la discusión sobre la arquitectura, sobre la infraestructura de seguridad del sistema ferroviario, emergió como otra de las cuestiones

cruciales para analizar el caso. En el tramo accidentado, el sistema de seguridad instalado era el ASFA (Anuncio de Señales y Frenado Automático – vídeo RENFE, 1983), menos avanzado que el ERTMS (European Rail Traffic Management System).

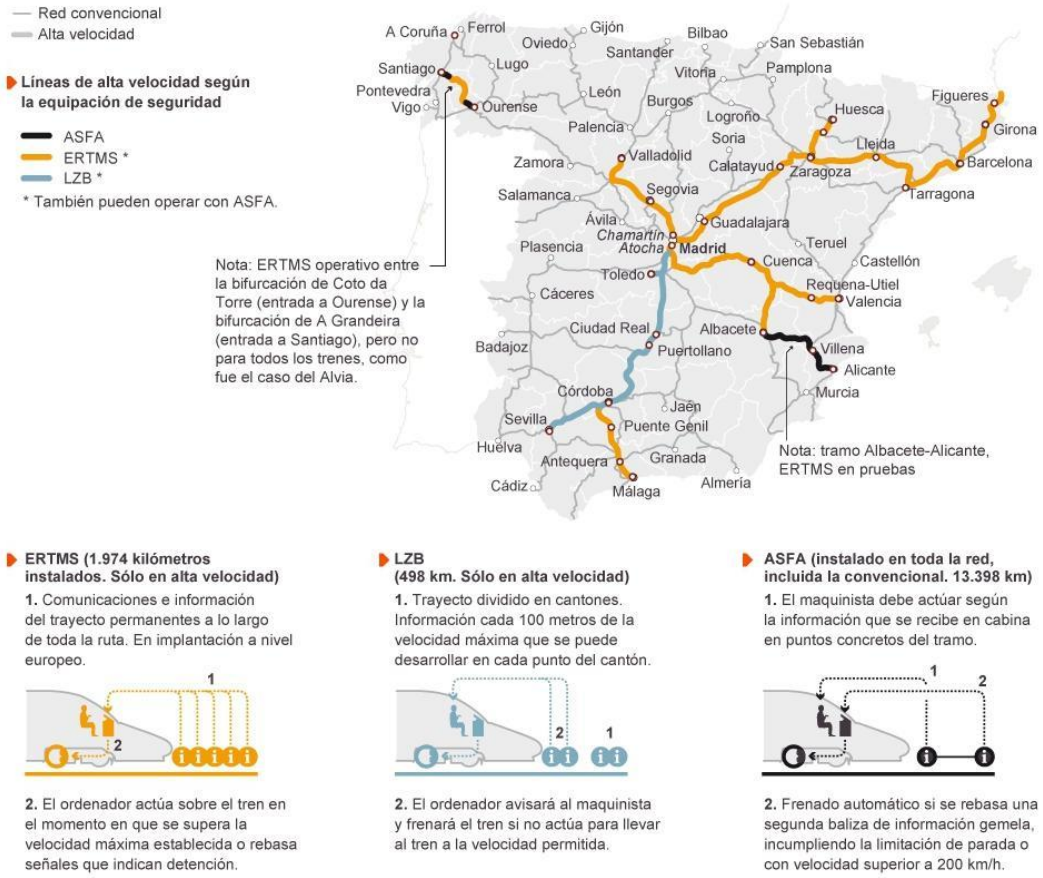
El proyecto inicial de construcción de la línea de alta velocidad Orense-Santiago de Compostela preveía la instalación del sistema ERTMS a lo largo de toda la línea. Sin embargo, razones técnicas, de ingeniera, motivaron que el Presidente de ADIF, por delegación del Consejo de Administración, decidiera modificar el proyecto en el sentido de eliminar el sistema ERTMS en los últimos cuatro kilómetros de la línea. El Director General de Seguridad de ADIF certificó la adecuación técnica del proyecto modificado. En concreto, a partir del kilómetro 80,149 el único sistema de protección operativo era el sistema ASFA.

Como en las líneas de alta velocidad los trenes pueden circular a velocidades de hasta 300 km/h, el maquinista no puede ver correctamente las señales laterales de la vía y reaccionar a tiempo. Por este motivo, se hace necesario un sistema como el ERTMS, regulado fundamentalmente por las reglas técnicas "Prescripciones Técnicas y Operativas" (PTO) de ADIF, que introduce toda la señalización en cabina mediante eurobalizas que informan al conductor permanentemente de las señales y velocidades máximas. En el caso de que el tren supere la velocidad máxima o rebase señales que indican parada, el sistema activa el frenado autómatico del tren, evitando así la posibilidad de accidentes por fallos humanos.

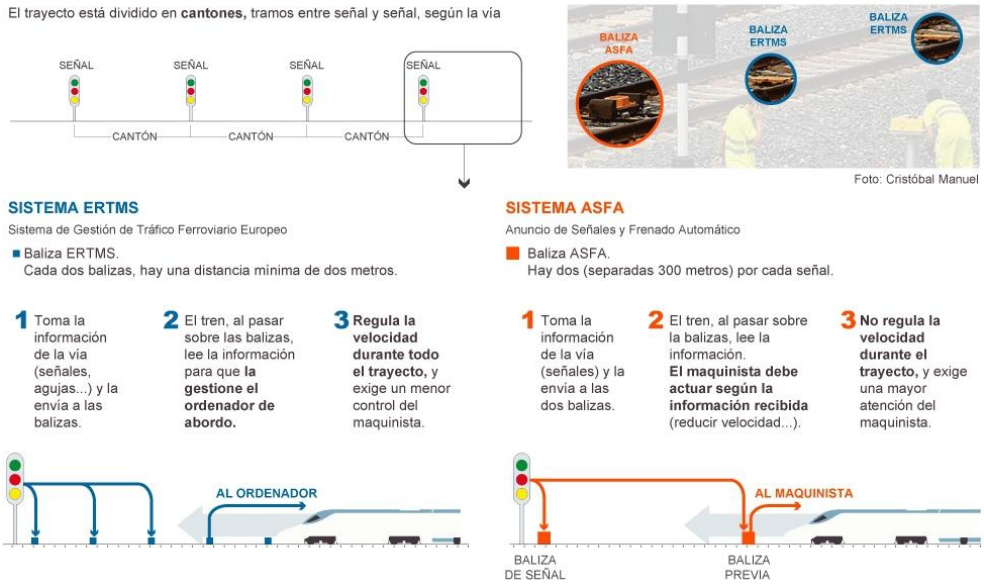
Los trenes que circulan con el sistema ASFA no pueden circular a velocidades superiores a los 200 km/h., pues el sistema activa el frenado automático del tren si se excede ese límite. Ahora bien, el sistema ASFA es compatible, según dispone el Reglamento General de Circulación de ADIF (RGC), con la existencia de balizas en las vías que transmiten al conductor avisos sobre límites de velocidad, con una particularidad respecto al sistema ERTMS: el sistema ASFA obliga al maquinista a pulsar un botón de reconocimiento en el ordenador de a bordo, de manera que si no lo hace en unos segundos o el tren supera el límite de velocidad establecidose producirá el frenado automático del tren.

En el tramo del accidente, la única señal de limitación de velocidad a 80 km/h se encontraba a 200 metros de la curva, era una señal propia de las líneas de alta velocidad y se correspondía con el punto en el que, según la hoja de ruta del conductor disponible en cabina, el tren debía haber reducido la velocidad hasta los 80 km/h.

Consta, además, que desde noviembre de 2012, Renfe había ordenado a los maquinistas de los trenes Alvia de la serie 730, previa autorización de ADIF, que circularan a lo largo de toda la línea de alta velocidad Orense-Santiago con el sistema ASFA, ya que durante los primeros días de funcionamiento de la línea, el sistema ERTMS había dado fallos de software, generando situaciones de urgencia que no eran tales.



El País, 8.8.2013, http://elpais.com/elpais/2013/08/05/media/1375732774_197519.html



El País, 26.7.2013, http://elpais.com/elpais/2013/07/26/media/1374872840_505323.html

- Funcionamiento del sistema ASFA en el accidente de Santiago de Compostela: http://elpais.com/elpais/2013/08/08/media/1375970174_064671.html

- Auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Santiago de Compostela, 3.12.2018, por el que acuerda la continuación de las diligencias por si los hechos imputados al Sr. G.A. [maquinista] y al Sr. C Sr. C. [Director de Seguridad en la Circulación de Adif] fueren constitutivos de ochenta delitos de homicidio por imprudencia grave profesional del artículo 142, apartados primero y tercero, del Código Penal y ciento cuarenta y cuatro delitos de lesiones por imprudencia grave profesional del art. 152, apartados primero y tercero, del Código Penal. También acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de la causa respecto de los demás investigados.

  F.D. 3º: "Por lo que respecta al Sr. G.A. [maquinista], es obvio que en este caso, las diligencias practicadas permiten concluir que la causa directa, inmediata, y que decididamente ha desencadenado el desgraciado accidente que tuvo lugar el pasado 24 de julio de 2013 fue el exceso de velocidad derivado de una conducción negligente. Y es que, como hemos visto, el tren entra en el túnel que precede a la curva a una velocidad de 195 Km/h y descarrila a una velocidad de 179 Km/h cuando la máxima permitida era de 80 Km/h. Y la responsabilidad de tal exceso de velocidad reside de forma activa y directa en la imprudencia del maquinista fruto de una conducción desatenta a las circunstancias de la vía y a su señalización, motivada a su vez por una llamada del interventor que se prolonga más de lo estrictamente necesario. No podemos reprochar al maquinista que hubiera atendido dicha llamada (…) Sin embargo, lo cierto es que en este caso concreto la llamada no tenía por objeto comunicar una incidencia que requiriese urgente solución o de especial gravedad para la seguridad del tren sino únicamente preguntar al maquinista si era posible entrar en la estación de Pontedeume por la vía 2 en lugar de la vía 1. Pues bien, una respuesta a tan sencilla cuestión planteada por el revisor no requiere de 1 minuto y 42 segundos de conversación, con la consiguiente merma de atención a las circunstancias de la vía que ello produjo, como lo evidencia el hecho de que el maquinista hubiera obviado el cartel de aviso de cambio de modo ASFA existente en el PK 80+803 y, sobre todo, que hubiere rebasado la señal avanzada E´7 sin reducir la velocidad, cuando el propio maquinista afirma en su declaración que esa señal avanzada era la que precisamente tomaba como punto de referencia para iniciar progresivamente la reducción de velocidad antes de tomar la fatídica curva. Tal conducta imprudente es lo que determina causalmente el resultado y la consideración de tal imprudencia como grave deriva del hecho de que en este caso el deber de diligencia exigible al investigado no es el propio de cualquier hombre medio ideal, sino que se trata de un deber de diligencia superior por la propia cualificación profesional del mismo (maquinista-jefe de tren con una dilatada experiencia en el sector ferroviario), por el hecho de ser el máximo responsable de la conducción de un medio de transporte que es capaz de alcanzar velocidades de más de 200 km/h y, en definitiva, por el hecho de llevar a bordo del mismo a más de 200 personas, por lo que el deber diligencia, materializado en este caso en el deber de atención permanente a las circunstancias de la vía y de respeto a su señalización, resulta especialmente riguroso y relevante por las consecuencias que su infracción puede comportar para bienes jurídicos esenciales como son la salud o la propia vida de las personas, y eso es lo que cualifica en este caso la gravedad de la citada imprudencia profesional".

  F.D. 4º: "En lo que respecta al Sr. C. [Director de Seguridad en la Circulación de Adif] (…) partiendo de la legislación penal vigente a la fecha de los hechos (24/07/2013), solamente podría imputarse penalmente la comisión de tal delito a título de imprudencia grave (art.142 CP) o bien una falta de homicidio por imprudencia leve del antiguo art. 621 del CP anterior a la reforma operada por la LO 1/2015.

En definitiva, la imprudencia grave consiste en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria. Se caracteriza, en suma, por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles, así como por la desatención grosera relevante de la diligencia que es exigible a cualquier persona. Y según la STS 282/2005, de 4 de marzo, recogiendo lo ya dicho en la STS 966/2003, de 4 de julio, "el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada "culpa con previsión", cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito". Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso. De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo. La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afirmando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado (STS 2235/2001, de 30 de noviembre). El dolo eventual, por otra parte, existirá cuando el autor conozca el peligro concreto al que da lugar su conducta y a pesar de eso la ejecute, despreciando la posibilidad cercana del resultado…"

F.D. 7º: "[E]xisten indicios suficientes para concluir que la Dirección de Seguridad en la Circulación de ADIF, a quién en principio compete la labor de evaluar los riesgos inherentes a la circulación según se acaba de exponer, no cumplió con dicho cometido generando y tolerando una situación de riesgo que finalmente cristalizó en el accidente que costó la vida y la salud a múltiples usuarios el pasado 24 de julio de 2013. Dicha Dirección, en quién el Consejo de Administración había delegado dicha competencia, estaba desempeñada por Don Andrés Mª C.L., el cual, teniendo conocimiento de dicha situación de riesgo en virtud de los informes (Hazard Log) remitidos por la UTE y por INECO (ISA) a su Dirección, no consta que haya hecho u ordenado medida alguna destinada a evaluar y gestionar dicho riesgo, asumiendo por ello una posición de garante que le hace en principio responsable a título de autor de los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave en que finalmente se concretó dicho riesgo tras producirse el descarrile del tren Alvia el pasado 24 de julio de 2013. En consecuencia, procede mantener la imputación del Sr. C.L. como presunto responsable de los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave tipificados en los arts. 142 y 152 del CP. En efecto, es el Sr. C. el que emite el Certificado de Seguridad de la vía, requisito previo imprescindible sin el cual no sería posible dar inicio a su explotación, y lo emite sin previamente conjurar el riesgo de fallo humano que no fue objeto de una debida evaluación previa de conformidad con lo exigido por la normativa europea aplicable, máxime cuando, tras la modificación del Proyecto original, el tramo donde ocurrió el accidente

quedaba desprovisto de un elemento de protección que conjurase dicho riesgo, el cual se veía incrementado en la medida en que en dicho tramo existía una transición significativa de velocidad representada por la curva en que sucedió el accidente. Ninguna de esas circunstancias fueron objeto de evaluación previa por parte de la Dirección de Seguridad en la Circulación, y no lo fueron siquiera con posterioridad cuando en junio de 2012 el mismo Director de Seguridad decide autorizar la desconexión del ERTMS embarcado sin realizar tampoco una evaluación previa del riesgo que para la seguridad de la vía podría comportar dicha decisión, privando de este modo al tren de un elemento más que pudiera haber advertido al maquinista de su situación a la fecha del siniestro evitando el riesgo de deslocalización por conducción desatenta que, a la postre, fue la causa directa del siniestro".

5. Pablo SALVADOR CODERCH/Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "Instrumentos de control social y derecho de daños", *InDret* 4/2004 (www.indret.com), pp. 10-12

"*El Derecho de Daños como instrumento de control social: un ejemplo sencillo aplicado a la instalación de dispositivos ABS para vehículos*

Para ilustrar cómo el derecho, y el derecho de daños en particular, contribuye a pasar de peores a mejores situaciones puede servir un ejemplo inspirado en otro que se puede encontrar en SCHÄFER/OTT (2000) y que hemos reformulado para adaptarlo al sistema de frenado ABS (***Anti-Block System***) para automóviles. Éste es un dispositivo electrónico antibloqueo que controla la presión de líquido de los frenos y de esta forma evita que las ruedas se bloqueen cuando se ejerce una presión excesiva sobre el pedal, generalmente en situaciones de alto riesgo. En 1978, Mercedes Benz instaló el primer sistema ABS en un coche de serie como sistema opcional. Con posterioridad, muchas firmas lo incorporaron a sus vehículos como equipo de serie, aunque todavía no era obligatorio.

> El sistema de antibloqueo de ruedas al frenar (ABS) se convirtió en un dispositivo de serie obligatorio para todos los turismos nuevos vendidos en la Unión Europea a partir de 2003, en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión «Protección de los peatones: Compromiso de la industria europea del automóvil» (COM(2001) 389 — C5-0537/2001— 2001/2216(COS)), de 13 de junio de 2002 (P5_TA(2002)0323; DO C 261 E/576, de 30.10.2003). Sin embargo, la normativa se ha visto ya superada en este punto por el Reglamento (CE) nº 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DO L 200\1, de 31.7.2009), el cual estableció el ESP (*Electronic Stability Control*, que incluye la función de ABS) como dispositivo de serie obligatorio en todos los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos que se vendan en la Unión Europea desde el 1 de noviembre de 2011.

Es indudable que este dispositivo, hoy superado, mejoraba la capacidad de frenado de un vehículo bajo cualquier circunstancia por lo que evitaba accidentes individuales y también colectivos. Pero además, si todos disponían del mismo, contribuía a disminuir en gran medida la probabilidad de colisión entre vehículos. Es este segundo efecto el que nos interesa destacar aquí.

En un sencillo ejemplo, dos conductores (C1 y C2) barajan la posibilidad de instalar sendos sistemas de frenado ABS. La utilidad anual que cada conductor obtiene del disfrute de su

automóvil es de 1200 €, y sus costes esperados serán de 600 € que resultan de una probabilidad del 6% de sufrir un accidente que le comportará daños por valor de 10.000 € (0,06 x 10.000). La instalación de un dispositivo de ABS tiene un coste de 100 € anuales ya que este sistema requiere de revisiones periódicas. Pero disponer de él reduce la probabilidad de sufrir un accidente de un 6% a un 2%, por lo que los costes esperados bajarán a 200 € (0'02 x 10.000).

Los *pay-offs* de una y otra opción para C1 y C2 figuran en la tabla siguiente:

		C2	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900, 900	500, 600
	NoABS	600, 500	600, 600

Supongamos que C2 opta por instalar el ABS. Entonces C1 hará lo propio, pues 900 > 600 como podemos observar en la primera columna. Por el contrario, si C2 resuelve no instalarlo, C1 tampoco lo hará, pues estaremos en la segunda columna, 600 > 500. Si partimos de la decisión de C1 llegaremos a la misma conclusión, resultando las dos situaciones de equilibrio señaladas en la tabla. Se observa que existe un equilibrio eficiente (casilla superior izquierda) y otro ineficiente (casilla inferior derecha) que se corresponden con sendos equilibrios de Nash. A cuál de ellos se llegará, dependerá de circunstancias externas como señalan SCHÄFER y OTT para un ejemplo similar: si C1 sabe que C2 ha instalado el ABS, hará lo propio, pero si sabe que no lo ha hecho, tampoco lo hará él, pues un solo ABS no disminuye suficientemente la frecuencia y gravedad de las colisiones entre vehículos. *A priori*, bajo un sistema de ausencia de responsabilidad *(no liability rule)*, no hay garantías de que ninguna de las dos partes se comportará correctamente tras asumir que la otra lo hará.

Supongamos ahora una situación en la que existe una serie de n conductores C1, C2, C3,... Cn, para $1<n<\infty$ y p es la probabilidad de que un conductor haya instalado el sistema ABS en su vehículos. Entonces los beneficios esperados para C1 serán:

Beneficios en caso de ABS → $B(ABS)= p \cdot 900 + (1-p) \cdot 500= p \cdot 400 + 500$

Beneficios en caso de No ABS → $B(NoABS)= p \cdot 600 + (1-p) \cdot 600= 600$

(donde probabilidad: $p \in [0,1]$)

C1 optará por instalar ABS siempre que:

$B(ABS)>B(NoABS)$, entonces:

$p \cdot 400 + 500 > 600$,

$p> 0'25$

De donde resulta que C1 instalará el ABS en su automóvil siempre que la probabilidad sea superior a 25%, esto es, cuando más de una cuarta parte de los vehículos dispongan de él, pero no lo hará si la proporción es inferior, pues no le saldrá a cuenta. El ejemplo ilustra un caso típico

de instalación de dispositivos en los que se produce un efecto de externalidades de red –*network externalities*- ya que a mayor número de usuarios de un mismo producto o servicio, mayor será la utilidad que cada uno de ellos obtendrá de él. Pero, a pesar de que todos los interesados coincidan en que la difusión generalizada del producto sería socialmente beneficiosa, la existencia de dos equilibrios puede comportar que los sucesivos intentos de comercializar el uso del producto fracasen debido a que la red no esté lo suficientemente extendida para crear los incentivos privados necesarios para la instalación. Pero un cambio de jurisprudencia o, por supuesto, de legislación podría dar un vuelco a esta situación: por ejemplo, si el Tribunal Supremo, ante un caso de reclamación de daños y perjuicios por colisión entre dos vehículos, resuelve que la falta de instalación de ABS es negligencia y que ésta reduce o anula la indemnización a que tendría derecho el actor, entonces ningún conductor podrá reclamar si no disponía de ABS y, en cambio, deberá pagar los daños resultantes al otro vehículo. Los pagos para C1 se verían modificados de la manera siguiente:

		C2, C3, C4,... Cn	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900 900	0 1100
	NoABS	1100 0	600 600

(donde indemnización esperada: I = 0,06 x 10.000= 600)

Si instala ABS, en caso de colisión será indemnizado por aquél que fue negligente porque no lo instaló. En cambio, si no instala el sistema deberá pagar una indemnización a quién lo había instalado, o bien, en caso de que el otro tampoco lo hubiera instalado cada uno asumirá sus propios daños.

Podemos observar cómo independientemente de la decisión de los demás individuos, para C1 resulta más beneficioso instalar ABS ya que los pagos de la fila superior son siempre superiores a los de la inferior. De esta forma, el precedente jurisprudencial habría inducido los incentivos privados necesarios para la generalización del producto, que de otra forma no hubiera podido producirse".

Un análisis doctrinal relativamente moderno sobre la costumbre puede verse en Steven HETCHER, "Creating Safe Social Norms in a Dangerous World", *73 University of Southern California Law Review* 1, 19-22 (1999): hay costumbres razonables y hay costumbres irrazonables, hábitos sociales y vicios comunes. No hay ninguna buena razón atender los segundos.

Capítulo 5
Negligencia (III): Negligencia *per se y res ipsa loquitur*

1.Negligencia per se. Infracción de normas legales. Presunciones.....113
1.1 Material complementario: negligence per se en el common law norteamericano 117
2. Preemption.....123
3. Res ipsa loquitur.....128
3. 1. Material Complementario: res ipsa loquitur en el common law norteamericano 130

1.Negligencia per se. Infracción de normas legales. Presunciones

En esta Sesión, tratamos fundamentalmente de tres cuestiones:

En el *Common Law*, la conducta de quien infringe una ley escrita -o un reglamento- se presume negligente si el fin de protección de la normativa violada es justamente proteger a la víctima potencial del riesgo de sufrir los daños finalmente causados: si así es, el demandante no habrá de probar la negligencia del demandado sino únicamente el daño y la causalidad. La presunción admite prueba en contrario (negligencia *per se*). En cambio, si la ley quebrantada no persigue proteger a la víctima de los daños sufridos, su infracción conllevará la aplicación de las consecuencias de derecho previstas por la ley violada, pero será irrelevante a efectos de apreciar la negligencia. Y, finalmente, si el demandado desarrolló su actividad dañina cumpliendo con todos los requisitos legales y reglamentarios, ello es un indicio de que actuó correctamente, pero, de nuevo, cabe probar que no fue así.

Más allá de la ley escrita o de las regulaciones aplicables a un sector de actividad, una doctrina jurisprudencial común al *Common Law* y al *Civil Law* establece que si un accidente tiene lugar en circunstancias tales que su ocurrencia normalmente solo se explica porque su causante ha infringido un deber de cuidado, entonces también se presume su negligencia, siempre con posibilidad de prueba en contrario (*res ipsa loquitur*).

En tercer lugar, uno de los temas más importantes de los derechos contemporáneos, en entornos intensamente regulados, es el relativo a si la regulación legal y reglamentaria de tal o cual actividad, con la consiguiente aplicación de las consecuencias de derecho legalmente previstas que correspondan en caso de infracción, cierra el sistema e impide el ejercicio de las pretensiones de daños previstas por el derecho común, por ejemplo, por el art. 1902 CC (*preemption*), o bien y por el contrario, deja abierta tal posibilidad. En el *Common Law* angloamericano, la cuestión es muy debatida, pero hay acuerdo en que el legislador puede clausurar el sistema en cada caso. El problema es doble: si lo hace expresamente, hay que interpretar la delimitación legal del cierre categorial. Y si el cierre es implícito, las dudas interpretativas suelen ser aún mayores.

El derecho español vigente trata de estas cuestiones algo idiosincrásicamente, sobre todo en el caso de la negligencia *per se*, pues, como veremos, todavía es frecuente encontrar afirmaciones de los tribunales conforme a las cuales la producción del daño permite inferir y presumir la negligencia de su causante incluso si prueba que había cumplido con todas las exigencias legales y reglamentarias.

La Sala Primera del Tribunal Supremo español acoge la figura de la negligencia *per se*, acomunada con las doctrinas de la interpretación teleológica de la ley (artículo 3 del Código Civil) o con la del fin de protección de la norma, que es uno de los criterios comúnmente aceptados de imputación objetiva.

Sin embargo, en la jurisprudencia española, la cuestión se complica sobremanera porque el Tribunal Supremo sigue aferrándose a la noción según la cual el cumplimiento de la normativa no excusa de la negligencia imputada al demandado si hubo daño, pues la producción del daño implica culpa en cuanto señaliza que el demandado no adoptó precauciones suficientes o las necesarias para evitar la producción del daño: las necesarias y exigibles, pero no todas, habría que matizar, pues las precauciones necesarias y suficientes para evitar la producción del daño pueden llegar a ser infinitas. Además, probablemente sería razonable que los tribunales españoles partieran del principio en cuya virtud, y como mero punto de partida, el cumplimiento por parte del demandado de las exigencias legales y reglamentarias de seguridad es indicio de que su comportamiento no fue negligente.

Siguen cuatro casos en los cuales se debaten brevemente las cuestiones apuntadas:

1. STS, 1ª, 241/2015, 6.5.2015, MP: Rafael Sarazá Jimena

"Antecedentes del caso
1.- Como consecuencia del incendio originado en la embarcación de recreo (…), atracada en el puerto deportivo Botafoch de Ibiza, el 19 de diciembre de 2005, sufrieron daños varias embarcaciones de recreo atracadas en los alrededores.

Los propietarios de las embarcaciones dañadas (o las aseguradoras que les indemnizaron, subrogándose en el lugar de los asegurados) interpusieron demandas en reclamación de la indemnización de los daños sufridos por las embarcaciones contra D. Esteban, propietario de la embarcación en la que se originó el incendio, la entidad "Underwriting Risk Services, Ltd" (en lo sucesivo, URS), (…) aseguradora de la embarcación (…), y contra la entidad "Puerto Deportivo Botafoch, S.L.", que era la concesionaria de la explotación del citado puerto deportivo. En una de las demandas no se demandaba a URS, y en otra no se demandaba a Puerto Deportivo Botafoch, S.L.

Las demandas interpuestas ante distintos Juzgados se acumularon, tramitándose y resolviéndose por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza.

2.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial (…) condenaron [a Esteban y URS] solidariamente (salvo en el supuesto en que solo se demandaba al propietario) a indemnizar a los demandantes en las cantidades a que consideraron ascendían los daños causados en las embarcaciones adyacentes. Y absolvieron a Puerto Deportivo Botafoch, S.L por

considerar que ni la concesionaria ni sus empleados incurrieron en negligencia alguna, los contratos de cesión del uso y disfrute del amarre concertados con los titulares de las embarcaciones no generaban una obligación de custodia para la concesionaria del puerto, no había incumplido el deber de vigilancia exterior de las embarcaciones y no existían incumplimientos de obligaciones administrativas que hubieran influido causalmente en la producción o extensión del incendio.

3.- D. Esteban (…) y URS (…), condenada como aseguradora de la responsabilidad civil de este, han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal fundado en dos motivos, y recurso de casación fundado en cinco motivos.

La entidad "Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros" (en lo sucesivo, Generali) ha interpuesto recurso de casación, fundado en seis motivos, contra la absolución de Puerto Deportivo Botafoch, S.L. (…)

Formulación del motivo cuarto del recurso [de casación]

1.- El motivo cuarto del recurso lleva el siguiente epígrafe:
« Responsabilidad de Botafoch por inexistencia de Plan de Autoprotección y Plan de Emergencia (…)
»Infracción del Art. 20 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053) , de Prevención de Riesgos Laborales y del Art. 10, Anexos I y II del RD 8/2004, de 23 de enero , por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de Ordenación de Emergencias de las Islas Baleares. (…) **2.-** El motivo se fundamenta en que Puerto Deportivo Botafoch, S.L. no disponía de un plan de autoprotección y de un plan de emergencia propios para el puerto deportivo y que dicho plan de autoprotección hubiera permitido prevenir el incendio (…)

DÉCIMO SÉPTIMO

Decisión de la Sala

1.- Los preceptos invocados como infringidos no son aptos para fundar el motivo; no pueden constituir un título para atribuir a Puerto Deportivo Botafoch, S.L. la responsabilidad por los daños sufridos por las embarcaciones de las demandantes como consecuencia del incendio originado en la embarcación de recreo (…) , pues una ley de prevención de riesgos laborales no tiene como fin de protección evitar los daños a bienes de los propietarios de barcos amarrados a un puerto deportivo.

2.- La supuesta infracción de una norma administrativa tampoco puede fundar un recurso de casación. Además, la sentencia ha afirmado que ninguna relación causal existe entre posibles incumplimientos administrativos y los daños cuya indemnización se reclama. La afirmación de la recurrente de que el plan de autoprotección hubiera permitido prevenir el incendio es una simple alegación de parte, de carácter fáctico en tanto que afecta al aspecto fáctico de la relación de causalidad, no al aspecto jurídico de la imputación objetiva, es impropia por tanto de un recurso de casación, y no pone de relieve infracción legal alguna (…)".

2. STS, 1ª, 909/2005, de 9 de noviembre, MP: Antonio Salas Carceller.

El 20.8.1992, la U.T.E, formada por "Obras Subterráneas, S.A." y "Auxini, S.A.", encargó al mecánico Miguel Ángel la sustitución de una pieza del sistema de freno de una retroexcavadora en el exterior de una mina situada en Balsareny (Barcelona). Para ello, el conductor de la retroexcavadora hincó una palanca en el suelo a fin de que la presión ejercida por ésta levantara la rueda trasera y, cuando Miguel Ángel se disponía a colocar debajo un taco de madera, uno de los pistones del mecanismo de la palanca cedió provocando la caída brusca de la parte trasera de la máquina que le aprisionó y le causó la muerte.

Luisa, viuda de Miguel Ángel, en nombre propio y en el de su hijo menor Francisco, demandó a "Obras Subterráneas, S.A." y a "Auxini, S.A." y solicitó una indemnización de 120.202,42 €.

El JPI nº 5 de Manresa (23.5.1997) desestimó la demanda. La AP de Barcelona (Sección 16ª, 9.12.1998) estimó el recurso de apelación y condenó a las sociedades demandadas a pagar 120.202,42 €.

El TS desestima el recurso de casación: resuelve que el encargado y el capataz de las sociedades demandadas omitieron negligentemente medidas de precaución, pues consintieron que, como ya había ocurrido en otras ocasiones, se acometiera la reparación de forma arriesgada cuando el resultado finalmente producido era previsible. Señala el Tribunal en el Fundamento 2º de la Sentencia:

"No basta para excluir dicha declaración de culpabilidad la inexistencia de infracción reglamentaria sostenida por las recurrentes en base a ciertos informes incorporados a los autos, ya que, dada la naturaleza de la operación que se estaba realizando, es claro que la misma no era objeto de regulación de tal clase. Además, ha de citarse en este sentido la doctrina de esta Sala expresada, entre otras, en sentencias de 22 de abril de 2003 (RJ 2003, 3545), 18 de junio (RJ 2004, 4431) y 8 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6693), según la cual la imputación subjetiva del acto lesivo, con un fundamento de reproche culpabilístico, se basa en que la producción del daño indica que no se han tomado las precauciones o no se ha actuado con el cuidado necesario para impedirlo, revelando que las garantías adoptadas conforme a las disposiciones vigentes para evitar los daños posibles no han ofrecido resultado positivo, poniéndose de manifiesto la insuficiencia de las mismas y que no se hallaba completa la diligencia, y así precisa la última de las sentencias citadas que «no resulta suficiente la que podría denominarse diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las medidas adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces, pues la diligencia que ha de adoptarse en el cumplimiento de las obligaciones comprende no solo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino además todos los que la prudencia imponga para evitar los eventos dañosos".

3. STS, 1ª, 17/2004, de 3 de febrero, MP: Francisco Marín Castán.

Un joven de 27 años falleció por inhalación de monóxido de carbono desprendido por un calentador de agua a gas que se hallaba en la cocina del piso que compartía con Daniel.

Los padres del fallecido, Leonardo y Rosa, demandan a "Repsol Butano, SA", a Daniel, y a los propietarios del piso, Luis Pedro y Eva, y solicitan una indemnización de 120.202,42 €.

El JPI nº 3 de León (2.5.1997) estima la demanda en parte: absuelve a Daniel y condena a "Repsol Butano, SA" por deficiencias en la instalación y en el funcionamiento del calentador y a Luis Pedro y Eva por carecer la cocina de rejillas de ventilación al pago de una indemnización de 49.619,56 €, por cuotas del 50 % la primera y 50 % los segundos. La AP de León (Sección 2ª, 27.1.1998) estima el recurso de apelación de "Repsol Butano, SA", revoca la SJPI y condena solo a Luis Pedro y Eva a abonar a los actores una indemnización de 36.060,73 €.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación de los actores. El TS resuelve que la casación no es una tercera instancia en la que pueda modificarse el relato de los hechos probados: "Repsol Butano, SA" solo era suministradora de las bombonas de butano utilizadas en el calentador y, además, no las entregaba siquiera en el domicilio citado. Señala el Tribunal Supremo:

"FJ 4º: No se cita [en el motivo de casación sobre posible culpa exclusiva de la víctima] norma ni jurisprudencia alguna como infringida, sin que a tal efecto pueda valer la de un artículo del Decreto de 11 de septiembre de 1992 sobre obligaciones del usuario de una instalación de gas, pues bien sabido es que según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala las normas administrativas o reglamentarias carecen de idoneidad para sustentar por sí solas un motivo de casación civil".

1.1 Material complementario: *Negligence Per Se* en el common law norteamericano

Comenzaremos analizando los criterios del *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (2010) -RTT-, que extractamos del original en inglés y que ofrecen una buena base analítica para una discusión de la negligencia *per se* en términos de razonabilidad, pero que, como acabamos de señalar, no dan razón cabal del derecho español vigente:

> ***§ 14 RTT. Statutory Violations as Negligence Per Se***
>
> An actor is negligent if, without excuse, the actor violates a statute that is designed to protect against the type of accident the actor´s conduct causes, and if the accident victim is within the class of persons the statute is designed to protect.
>
> - This section applies to statutes, regulations and ordinances.
>
> - Express and implied statutory causes of action: Some statutes declare conduct unlawful, impose a public-law penalty on the person whose conduct violates the statute, and also specify that the violator is civilly liable in damages to the victim of the violation. Certain other statutes simply state that, if certain conduct causes harm, the actor is liable to a victim. Yet large numbers of statutes (…) are silent as to private liability in the event of a statutory violation. Then, the court, relying on ordinary principles of legislative interpretation, may in appropriate cases infer a cause of action for damages.

- Rationales:
    a) It would be awkward for a court in a tort case to commend as reasonable that behaviour that the legislature has already condemned as unlawful.
    b) The judgement of the legislature is the authoritative representative of the community.
    c) The negligence standard encounters difficulty in dealing with problems of recurring conduct. (…) statutes address conduct that conspicuously recurs in a way that brings it to the attention of the legislature. Negligence per se hence replaces decision making by juries [career judges].
    d) Furthermore, negligence has been settled doctrine in American tort law for many decades, [not under Spanish Law: see infra].

- Negligence per se applies only when the accident that injures the plaintiff is the type of accident that the statute seeks to avert. In some cases, negligence per se does not apply because the statute is not a safety statute at all.

- Licensing statutes: One general purpose of such licensing statutes is to protect the public against physical and emotional harm (…) but in many cases, the immediate reason for the person´s lack of license is unrelated to the state´s general safety purpose. For example, a motorist may lack a license only because of a failure to file for license renewal. If this motorist is involved in an accident, the lack of license has no bearing on the motorist´s negligence. Similarly, a physician may lack a license in a state only because the physician has not yet satisfied the state´s residency requirement. In other cases, however, this general assessment does not pertain. If, for example, a person operates a motorcycle in a way that suggests a lack of skill, and if the evidence shows that the person does not have a license to operate a motorcycle because the person has failed the test that assesses skills, then, depending on the jurisdiction´s rules, the lack of a license may be negligence per se or admissible as tending to show the person´s negligent unskillfulness. Same if a property owner has installed a furnace without securing a permit required by a city ordinance, and the evidence indicates that the inspector would not have issued the permit (…).
- Negligence per se is clearly inappropriate when the actor´s conduct fall below the requirements of a statute enacted after the conduct occurred. However, a later-enacted statute can be admissible evidence bearing on the actor´s negligence.

Viceversa, el cumplimiento por el demandado de las regulaciones dictadas para proteger los intereses o la integridad del demandante no excluirá la posibilidad de que este último pruebe la negligencia de aquel, pero será un indicio de que la conducta puesta en cuestión fue correcta, diligente.

Como hemos señalado al inicio de esta Sesión, esta doble construcción no ha sido recibida por el derecho español ni, específicamente, por su jurisprudencia. Esta, como se verá a continuación, a menudo ha sostenido que el cumplimiento de las disposiciones dictadas para prevenir el daño causado no es óbice a la declaración de la existencia de negligencia, pues ésta existiría porque el hecho mismo de que se haya producido el accidente implica que las regulaciones eran o habían devenido insuficientes y que alguna negligencia había debido de tener lugar: es una especie de animismo jurídico, acaso propio de un pensamiento primitivo.

Sin embargo y en ocasiones, esta jurisprudencia es contrarrestada por otra según la cual no cabe alegar en casación y ante la Sala 1ª la infracción de normas reglamentarias y puramente administrativas. Tampoco aquí parece que el Tribunal Supremo ande acertado: la mayor parte de las actividades que no pertenecen a los actos más sencillos de la vida cotidiana están intensamente reguladas y la consideración de los estándares establecidos por los agentes reguladores debería de ser un elemento muy importante para evaluar la diligencia o negligencia del demandado. La división jurisdiccional genera así una doctrina oracular e ignora el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, de la vieja y buena idea conforme a la cual una tarea básica del intérprete es concordar razonadamente cánones discordantes.

§ 16 RTT Statutory Compliance

- An actor´s compliance with a pertinent statute, while evidence of nonnegligence, does not preclude finding that the actor is negligent under § 3 for failing to adopt precautions in addition to those mandated by the statute.

- If an actor´s adoption of a precaution would require the actor to violate a statute, the actor cannot be found negligent for failing to adopt that precaution.

- While Subsection (a) states the [U.S.] general Common-Law rule, this rule can be overcome by a particular statute expressing a contrary understanding.

- In each instance, compliance is evidence of non negligence but it is not conclusive.

- Statutes that merely set minimum standards.

- Unusual circumstances. A finding that additional precautions are called for despite the actor´s compliance with the statute is clearly appropriate if the precaution relates to some unusual situation beyond the generality of situations anticipated by the statute itself.

Los cuatro casos siguientes delimitan los límites de la negligencia *per se*:

1. En *Gorris v. Scott* [L.R. Ex. 125 (1874)] el demandado había situado el ganado del demandante en una jaula de su embarcación que no disponía de compartimentos que permitieran separar a los animales y lo había hecho incumpliendo disposiciones legales que exigían esta separación por razones sanitarias. Durante el transporte un golpe de mar provocó que la carga se desestibara y los animales cayeron por la borda. El demandante alegaba la negligencia per se del demandado porque éste había incumplido una disposición legal y éste último se defendía alegando que la disposición legal no tenía que ver con la estabilidad de la carga sino con la evitación de contagios.

   "Kelly, C.B. This is an action to recover damages for the loss of a number of sheep which the defendant, a shipowner, had contracted to carry, and which were washed overboard and lost

by reason (as we must take it to be truly alleged) of the neglect to comply with a certain order made by the Privy Council, in pursuance of the Contagious Diseases (Animals) Act, 18G9. The Act was passed merely for sanitary purposes, in order to prevent animals in a state of infectious disease from communicating it to other animals with which they might come in contact. Under the authority of that Act, certain orders were made; amongst others, an order by which any ship bringing sheep or cattle from any foreign port to ports in Great Britain is to have the place occupied by such animals divided into pens of certain dimensions, and the floor of such pens furnished with battens or foot-holds. The object of this order is to prevent animals from being overcrowded, and so brought into a condition in which the disease guarded against would be likely to be developed.

This regulation has been neglected, and the question is, whether the loss, which we must assume to have been caused by that neglect, entitles the plaintiffs to maintain an action.

The court held that one is not liable for the violation of a statute if the damage complained of is different and apart from the purpose of the statute. So the court issued a judgment in favor of the defendant and hence held the defendant was not liable under the statute because the purpose of the statute was different from the harm suffered by the plaintiff. The statute aimed at preventing the spread of a certain diseases and not to keep sheep from washing overboard.

As a result, the court held that the defendant's failure to comply with the statute was not the proximate cause of the plaintiff's injury."

2. En *Martin v. Herzog* [126 N.E. 814 (N.Y. 1920)] el vehículo de la víctima, fallecida en el accidente, fue arrollado por el vehículo del demandado, pero el primero circulaba sin luces infringiendo así las regulaciones aplicables en materia de tráfico. Se discutía entonces si se tenía que tener en cuenta la excepción de negligencia contributiva como factor relevante de la pretensión del demandante. El juez Cardozo respondió que por supuesto así tenía que ser:

   […] We think the unexcused omission of the statutory signals is more than some evidence of negligence. It is negligence in itself. Lights are intended for the guidance and protection of other travellers on the highway. By the very terms of the hypothesis, to omit, wilfully or heedlessly, the safeguards prescribed by law for the benefit of another that he may be preserved in life or limb, is to fall short of the standard of diligence to which those who live in organized society are under a duty to conform. […]

3. El siguiente caso, *Tedla v. Ellman* [280 N.Y. 124, 19 N.E.2d 987 (1939)] es jurídica y humanamente más complicado y conviene llamar la atención sobre esta circunstancia pues, con cierta frecuencia, los jóvenes aprendices de jurista son partidarios de decisiones drásticas que habría que adoptar, con la ley en la mano y tras su lectura acaso apresurada. Como en *The Road*, del gran Cormac McCarthy, Anna Tedla y su hermano, John Bachek, dos criaturas devastadas, caminaban por la carretera en sentido contrario al prescrito por la legislación aplicable para los peatones cuando fueron arrollados por un automóvil. De nuevo se trataba de responder a la pregunta de si la infracción de la ley permitía una ilación de negligencia *per se*, automáticamente. Antes de concluir que así es, merece la pena suspender el juicio diez minutos hasta haber leído detenidamente el caso.
   LEHMAN, J.

"While walking along a highway, Anna Tedla and her brother, John Bachek, were struck by a passing automobile, operated by the defendant Hellman. She was injured and Bachek was killed. Bachek was a deaf-mute. His occupation was collecting and selling junk. His sister, Mrs. Tedla, was engaged in the same occupation. They often picked up junk at the incinerator of the village of Islip. At the time of the accident they were walking along 'Sunrise Highway' and wheeling baby carriages containing junk and wood which they had picked up at the incinerator. It was about six o'clock, or a little earlier, on a Sunday evening in December. Darkness had already set in. Bachek was carrying a lighted lantern, or, at least, there is testimony to that effect. The jury found that the accident was due solely to the negligence of the operator of the automobile. The defendants do not, upon this appeal, challenge the finding of negligence on the part of the operator. They maintain, however, that Mrs. Tedla and her brother were guilty of contributory negligence as matter of law.

Sunrise Highway, at the place of the accident, consists of two roadways, separated by a grass plot. There are no footpaths along the highway and the center grass plot was soft.

It is not unlawful for a pedestrian, wheeling a baby carriage, to use the roadway under such circumstances, but a pedestrian using the roadway is bound to exercise such care for his safety as a reasonably prudent person would use. The Vehicle and Traffic Law (Cons. Laws, ch. 71) provides that 'Pedestrians walking or remaining on the paved portion, or traveled part of a roadway shall be subject to, and comply with, the rules governing vehicles, with respect to meeting and turning out, except that such pedestrians shall keep to the left of the center line thereof, and turn to their left instead of right side thereof, so as to permit all vehicles passing them in either direction to pass on their right. Such pedestrians shall not be subject to the rules governing vehicles as to giving signals.' (§ 85, subd. 6.) Mrs. Tedla and her brother did not observe the statutory rule and, at the time of the accident, were proceeding in easterly direction on the east-bound or right-hand roadway. The defendants moved to dismiss the complaint on the ground, among others, that violation of the statutory rule constitutes contributory negligence as matter of law. They did not, in the courts below, urge that any negligence in other respect of Mrs. Tedla or her brother bars a recovery. The trial judge left to the jury the question whether failure to observe the statutory rule was a proximate cause of the accident; he left to the jury no question of other fault or negligence on the part of Mrs. Tedla or her brother, and the defendants did not request that any other question be submitted. Upon this appeal, the only question presented is whether, as matter of law, disregard of the statutory rule that pedestrians shall keep to the left of the centerline of a highway constitutes contributory negligence which bars any recovery by the plaintiff […].

The plaintiffs showed by the testimony of a State policeman that 'there were very few cars going east' at the time of the accident, but that going west there was 'very heavy Sunday night traffic. Until the recent adoption of the new statutory rule for pedestrians, ordinary prudence would have dictated that pedestrians should not expose themselves to the danger of walking along the roadway upon which the 'very heavy Sunday night traffic' was proceeding when they could walk in comparative safety along a roadway used by very few cars. It is said that now, by force of the statutory rule, pedestrians are guilty of contributory negligence as matter of law when they use the safer roadway, unless that roadway is left of the center of the road. Disregard of the statutory rule of the road and observance of a rule based on

immemorial custom, it is said, is negligence which as matter of law is a proximate cause of the accident, though observance of the statutory rule might, under the circumstances of the particular case, expose a pedestrian to serious danger from which he would be free if he followed the rule that had been established by custom. If that be true, then the Legislature has decreed that pedestrians must observe the general rule of conduct which it has prescribed for their safety even under circumstances where observance would subject them to unusual risk; that pedestrians are to be charged with negligence as matter of law for acting as prudence dictates. It is unreasonable to ascribe to the Legislature an intention that the statute should have so extraordinary a result, and the courts may not give to a statute an effect not intended by the Legislature […].

The statute upon which the defendants rely is of different character. It does not prescribe additional safeguards, which pedestrians must provide for the preservation of the life or limb or property of others, or even of themselves, nor does it impose upon pedestrians a higher standard of care. What the statute does provide is rules of the road to be observed by pedestrians and by vehicles, so that all those who use the road may know how they and others should proceed, at least under usual circumstances. A general rule of conduct -- and, specifically, a rule of the road -- may accomplish its intended purpose under usual conditions, but, when the unusual occurs, strict observance may defeat the purpose of the rule and produce catastrophic results.
Negligence is failure to exercise the care required by law. Where a statute defines the standard of care and the safeguards required to meet a recognized danger, then, as we have said, no other measure may be applied in determining whether a person has carried out the duty of care imposed by law. Failure to observe the standard imposed by statute is negligence, as matter of law. On the other hand, where a statutory general rule of conduct fixes no definite standard of care which would under all circumstances tend to protect life, limb or property but merely codifies or supplements a Common-Law rule, which has always been subject to limitations and exceptions; or where the statutory rule of conduct regulates conflicting rights and obligations in manner calculated to promote public convenience and safety, then the statute, in the absence of clear language to the contrary, should not be construed as intended to wipe out the limitations and exceptions which judicial decisions have attached to the Common-Law duty; nor should it be construed as an inflexible command that the general rule of conduct intended to prevent accidents must be followed even under conditions when observance might cause accidents. We may assume reasonably that the Legislature directed pedestrians to keep to the left of the center of the road because that would cause them to face traffic approaching in that lane and would enable them to care for their own safety better than if the traffic approached them from the rear. We cannot assume reasonably that the Legislature intended that a statute enacted for the preservation of the life and limb of pedestrians must be observed when observance would subject them to more imminent danger.

[…] A pedestrian is, of course, at fault if he fails without good reason to observe the statutory rule of conduct. The general duty is established by the statute, and deviation from it without good cause is a wrong and the wrongdoer is responsible for the damages resulting from his wrong.

In each action, the judgment should be affirmed, with costs."

4. En *Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Matlock* [60 Cal. App. 4th 583 (1997)], la demandante era la compañía aseguradora de la víctima, quien había sufrido daños materiales consistentes en el incendio de unos postes de madera. El incendio había sido provocado por una colilla encendida que se le había caído al demandado, menor de edad, y su padre, como titular de la potestad parental, también demandado, alegaba la negligencia *per se* de estos últimos, pues la ley prohibía de antiguo la venta de tabaco a menores de edad. Sin embargo, el tribunal de apelación consideró que la prohibición legal de venta de tabaco a menores de edad pretendía proteger su salud pero no evitar incendios.

2. *Preemption*

Como indicábamos al inicio de la Sesión, una de las cuestiones básicas del moderno derecho de daños es si las previsiones del legislador sobre la regulación de tal o cual actividad cierran o no el sistema de remedios al ejercicio adicional de una pretensión civil de reparación o indemnización del daño basada en el artículo 1902 del Código Civil o en los artículos arts. 32 a 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Se trata de responder a cuestiones como las que siguen, en los Estados Unidos de América estas cuestiones se plantean casi siempre en las relaciones entre el derecho federal y los derechos estatales. En España, en cambio, la arquitectura constitucional del Estado no es federal y las preguntas que hay que formular son algo distintas:

¿En el caso de que una conducta dañina esté prevista por una legislación específica que establezca las consecuencias de su realización, se aplica además el art. 1902 CC? ¿Si es así, se aplica cumulativamente?, ¿lo hace subsidiariamente?, ¿lo hace solo en la medida en que el daño no haya quedado íntegramente reparado con la aplicación de la ley infringida?

¿Tiene un trabajador accidentado una pretensión civil adicional a aquella o a aquellas que le reconoce el derecho laboral y de la seguridad social?

¿Tiene un cónyuge, excónyuge o persona integrante de una relación de pareja análoga a la matrimonial acciones de daños además de las pretensiones previstas por la legislación matrimonial para el caso de las crisis de pareja?

¿Responde el Estado legislador por la aprobación de una ley cuya aplicación daña al demandante?

En la literatura española, es clásico el trabajo de Fernando GÓMEZ POMAR, *Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: Collateral Source Rule y afines*, InDret 1/1999 (www.indret.com).

En derecho español el primer criterio que debe tenerse en cuenta es, por supuesto, el establecido por la ley o la regulación de que se trate –nunca insisteremos bastante a lo largo y lo ancho de las sesiones de este curso en que lo primero que hay que hacer ante una cuestión legal sobre derecho de daños es buscar y hallar las reglas de derecho aplicables, los fundamentos de derecho, no las intuiciones morales del analista. Un buen ejemplo es el artículo 164 del RDL 8/2015, de 30 de

octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, relativo al recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad:

> 1. "Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.
>
> 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.
>
> 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción".

Véase, sobre este tema, Anna GINÈS I FABRELLAS, "Capítulo IV. El recargo de prestaciones de la Seguridad Social", en Anna GINÈS I FABRELLAS, *Instrumentos de compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*", La Ley, Madrid, 2012, págs. 229-268.

Sin embargo, cuando la legislación aplicable no establecía expresamente la preclusión o ésta no resultaba de las disposiciones de la ley la cuestión hubo de ser resuelta por los tribunales. Como resultó de la competencia de jurisdicción en la famosa sentencia de **STS, 1ª, 1217/2008, de 15 de diciembre, MP: Encarnación Roca Trías**, en cuya virtud la "*Sala de lo Social es la única competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo entre empleado y empleador".* Obsérvese que la sentencia no negó la pretensión genérica de la víctima por responsabilidad civil sino que dijo que ésta tenía naturaleza laboral y que la jurisdicción correspondía a la jurisdicción social.

El 27.11.1997, Juan Alberto, quien prestaba servicios para "Colafe Construcciones Extremeñas, S.A.", sufrió un accidente cuando trabajaba en la colocación de un ascensor en una obra, causado por un fallo en la sujeción del chasis en el puntal de aquél. El trabajador no llevaba el cinturón de seguridad. Como consecuencia del accidente, Juan Antonio quedó impedido para la realización de las tareas habituales de su profesión.

Juan Antonio demandó la constructora y solicitó una indemnización de 180.303,63 €. El JPI núm. 6 de Badajoz (3.3.2000) desestima la demanda. La AP de Badajoz (Sección 2ª, 24.11.2000) desestima el recurso de apelación y confirma la SJPI.

El TS se abstuvo de conocer el recurso de casación y declaró la nulidad de todas las actuaciones. Apreció falta de competencia de la jurisdicción civil para conocer la reclamación de responsabilidad planteada, pues es consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo por parte del empresario (FD 3º).

En el mismo sentido: STS, 1ª, 1395/2008, de 15 de enero; STS, 1ª, 267/2008, de 16 de abril; STS, 1ª, 367/2008, de 19 de mayo; STS, 1ª, 513/2008, de 4 de junio; STS, 1ª, 1060/2008, de 17 de noviembre; STS, 1ª, 1061/2008, de 17 de noviembre. *Cfr.* con STS, 1ª, 1118/2008, de 19 de noviembre.

Dos años después una nueva sentencia del Tribunal Supremo acotó la aplicación temporal de dicha doctrina y estableció que ésta no tenía carácter retroactivo. Véase la **STS, 1ª, 587/2009, 11 de septiembre, MP: José Antonio Seijas Quintana:**

El 15.12.1993, a las 16:30 horas, Millán, de 27 años de edad, realizaba tareas de selección de pescado en una embarcación propiedad de Constanza. Iba vestido con impermeable y botas de goma de suela antideslizante, y cargaba unas cajas vacías cuando, a causa de un golpe de mar, perdió el equilibrio y cayó al agua por un hueco que, de haber tendido dimensiones inferiores, hubiera impedido la caída, y falleció ahogado.

La mujer e hijos de la víctima demandaron a Constanza, propietaria del barco, y solicitaron una indemnización de 480.809,68 €.

El JPI núm. 48 de Barcelona (15.6.1999) estimó en parte la demanda y condenó a la demandada al pago de 48.080,97 euros con base en los arts. 1902 y 1903 CC. Ambas partes recurrieron en apelación. La AP de Barcelona (Sección 1ª, 15.4.2000) desestimó el de la demandada y estimó en parte el de la actora en el sentido de aumentar la indemnización a 209.278,72 euros.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada:

"[L]os usos y costumbres de la mar aceptan determinados riesgos. Ahora bien, estos riesgos están pensados más en la efectividad de la pesca que en la seguridad del trabajador (…). El golpe de mar es un hecho previsible y previsible era también que un marinero pudiera caer, como cayó, por efecto de este golpe de mar y de la inclinación del barco por un hueco que, de haber tenido unas dimensiones inferiores, nunca se hubiera producido" (FD. 3º).
El Tribunal resolvió, en contra de los precedentes judiciales, a favor de la competencia del orden civil:

"Sin duda la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público (…). Sin embargo, la aceptación de las anteriores conclusiones, no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos -la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas-".

Con posterioridad, el TS ha mantenido este nuevo criterio en la **STS, 1ª, de 9 de marzo de 2010 (JUR 131735), MP: Juan Antonio Xiol Ríos**.

En la actualidad, el artículo Art. 2.b) **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social,** regula expresamente la cuestión:

> **"Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social.**
>
> Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan:
> (…)
> b. En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente".

La cuestión de la preclusión es con frecuencia muy difícil de resolver por mucho que las disposiciones legales o reglamentarias de que se trate la aborden. Una razón por la cual ello es así es que con frecuencia el accidente se produce absolutamente al margen de la relación que media entre la víctima y el causante del daño y es por tanto ajeno a toda relación laboral, funcionarial o de prestación de servicios que pudiera mediar o hubiera podido mediar entre ambos. Entonces, una buena idea rectora es que en principio la relación específica que une al causante del daño con su víctima no deja a la primera al margen de los deberes de precaución que tiene con todo el mundo. Un buen caso es la **sentencia del TS, 3ª, 3 de noviembre de 2008 (RJ 5852), MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.**

A las 11:30 h. del 29.11.1996, Patricia, celadora en el centro de especialidades del complejo hospitalario "Xeral Calde" (Lugo), dependiente del Servicio Gallego de Salud ("SERGAS"), bajaba en el ascensor de dicho complejo cuando, debido a un fallo mecánico, el ascensor cayo desde la 3ª planta, chocando con el amortiguador situado en el foso del sótano del edificio. Como consecuencia del accidente, Patricia sufrió traumatismos múltiples y precisó de atención psiquiátrica hasta 1998. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo (29.1.1999) declaró que las secuelas derivadas del accidente de trabajo por Patricia eran constitutivas de invalidez permanente absoluta en grado de gran invalidez y reconoció el derecho de ésta a percibir una pensión mensual de 1.404,84 € con un recargo del 50% por falta de medidas de seguridad.

Patricia demandó al "SERGAS" y a la Xunta de Galicia y solicitó una indemnización de 1.031.171,25 €, que la Consellería denegó por silencio administrativo. El TSJ Galicia (Sección 1ª, 3.3.2004) estimó el recurso contencioso administrativo y condenó a las administraciones codemandadas al pago de 300.500 €

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el "SERGAS" y la Xunta de Galicia. El TS, tras desestimar los argumentos por los cuales la demandante debería haber llamado al proceso a la empresa fabricante del ascensor y la encargada de su mantenimiento, analizó el motivo central del recurso, a saber, si la existencia de una relación de empleo público entre víctima y

Administración anulaba la responsabilidad patrimonial de esta última. El TS resolvió que, por más que el daño se hubiera producido en el desarrollo de una relación de servicio público, el accidente quedaba fuera de los riesgos inherentes al ejercicio de su profesión, de manera que la lesión era antijurídica, máxime cuando la empleada no tuvo la más mínima intervención en el accidente (F. D. 5º).

Podría llegar a formularse la pregunta sobre el cierre del sistema en aquellos casos en los cuales la regulación correspondiente lista las consecuencias de derecho asociadas a su infracción y la lista se configura con criterios que interpretativamente es razonable entender como excluyentes de toda pretensión indemnizatoria [por ejemplo, si en una disposición de la ley se establece que "*Las*" (utilización del artículo determinado) consecuencias de su infracción son siete que enumera a continuación y la última de ellas aparece precedida de la conjunción copulativa "*Y*". Con mayor rotundidad cuando el legislador utiliza un adverbio que indique exclusión ("*Exclusivamente" o Únicamente*) o incluya una salvedad genérica del tipo ("*Con exclusión de cualesquiera otras"*), aunque no se explicite que la exclusión se refiere a pretensiones indemnizatorias por responsabilidad civil.

La finalidad de la ley expresada en su texto, mejor en su parte dispositiva que en su preámbulo y mejor en este que en los materiales preparatorios, puede indicar indiciariamente que el legislador o el regulador pretendían efectivamente abarcar de manera homogénea y completa el ámbito material objeto de las disposiciones en cuestión.

Aun en ausencia de lo anterior, la exclusión de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad civil general puede inferirse del carácter objetivamente completo y probablemente omnicomprensivo de la regulación de que se trate. Pero en estos casos ya se plantean cuestiones interpretativas sobre todo si la legislación fue dictada bastante tiempo atrás y no ha sido modificada.

Otros casos de referencia en España se han planteado en derecho civil en torno a la regulación del matrimonio y de la vida en pareja, y de las causas de separación y divorcio de la pareja. Un criterio razonable para abordar esta temática puede ser el de si el comportamiento presuntamente dañino por cuya realización se pide una indemnización daría lugar a la pretensión incluso si las partes nunca hubieran contraído matrimonio o no hubieran mantenido una relación semejante. Así, la regulación específica del matrimonio y el divorcio no está en ningún caso pensada para cubrir las consecuencias patrimoniales de actos por los cuales hay que responder en prácticamente cualquier circunstancia de la vida, salvo que medie consentimiento del afectado. Ello es particularmente así en el caso de los daños personales, pero también en el caso de los daños a la propiedad.

Inversamente, los daños puramente económicos se residencian preferiblemente en derecho de contratos y no en responsabilidad civil. Hay, al menos empíricamente, un principio de reserva del contrato para la cuestión de la indemnizabilidad de los daños puramente económicos (véase el capítulo 10).

Las limitaciones, más que las exclusiones de responsabilidad, son comunes en el derecho de transporte, terrestre, aéreo y marítimo, pero conviene poner de manifiesto que se trata de limitación de la responsabilidad contractual.

Prácticamente desde otro extremo del ordenamiento jurídico es clásica en nuestra jurisprudencia y doctrina la cuestión sobre la responsabilidad del Estado legislador y, concretamente, si el Estado ha de responder por los daños causados por una ley formal o material y, en caso afirmativo, con qué condiciones o en qué circunstancias (sobre la regulación anterior a la Ley 40/2105, véase: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en derecho español*, 2ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007; Joaquín DE FUENTES BARDAJÍ (Dir.), *Manual de responsabilidad pública,* 2ª ed., Ministerio de Justicia, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 687 y ss.; Vicente GARRIDO MAYOL, *La Responsabilidad patrimonial del estado: especial referencia a la responsabilidad del estado legislador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; sobre la regulación introducida por la Ley 40/2015, la Comisión Europea ha presentado un recurso contra España por el contenido de la regulación en el supuesto de incumplimiento del derecho comunitario (recurso de 24 de junio de 2020, Comisión Europea / Reino de España (Asunto C-278/20)). En la doctrina más reciente, puede consultarse Miguel Hernández Terán, *El Estado como legislador dañoso y su responsabilidad reparadora*, Aranzadi, Navarra, 2020.

3. *Res ipsa loquitur*

Los tribunales españoles han recibido la doctrina denominada *"Res ipsa loquitur"* –"las cosas hablan por sí mismas"-, en cuya virtud si el accidente ha tenido lugar en circunstancias tales que, normalmente y a ojos de un observador razonable, accidentes de índole similar ocurren precisamente por negligencia del demandado, entonces la existencia de esta última se presume salvo prueba en contrario. Esta doctrina es común hoy en Europa y así, por ejemplo, la aplican regularmente los tribunales alemanes (*Anscheinsbeweiss*) y los franceses (*Faute Virtuelle*). Se trata así de conductas que normalmente son dañinas solo porque son negligentes, pues en ausencia de culpa el daño no tiene lugar. La doctrina encuentra su mayor dificultad en aquellos casos, que son legión, en los cuales a la presumible negligencia del demandado se suma la presunta negligencia del demandante.

En el derecho español la aplicación de la doctrina de res *ipsa loquitur* es hoy general y, sobre todo en derecho de responsabilidad médica, los tribunales suelen hablar de **daños desproporcionados**. Véase los tres casos siguientes:

a) STS, 1ª, 1146/1998, de 9 de diciembre, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz.

La esposa del actor, de 78 años de edad, fue intervenida satisfactoriamente de halux valgus bilateral, esto es, juanetes. A los pocos días de la intervención, sin embargo, la paciente presentó un cuadro de contractura muscular progresiva a nivel cervical, con dificultad de deglución, por lo que, ante la sospecha de que se tratara de tétanos postquirúrgico se inició el oportuno tratamiento y la enferma fue trasladada a otro hospital donde, confirmado el diagnóstico fue ingresada en la UCI. La paciente falleció a los quince días por tétanos grave postquirúrgico. El actor demandó a la congregación religiosa titular del hospital, al cirujano, al médico que le asistió en la operación y a la Mutua General de Seguros en reclamación de una indemnización 120.202,42 €. El Juzgado desestimó la demanda, mas la Audiencia revocó la sentencia y condenó a la congregación religiosa y a la compañía aseguradora a pagar 90.151,82 € más las costas causadas en primera instancia. El Tribunal Supremo revocó la Sentencia de la Audiencia únicamente en lo

referente a la condena en costas, en el sentido de no imponer las de primera instancia a ninguna de las partes. La Sentencia imputó el resultado dañoso al mal cumplimiento, por la entidad titular del centro hospitalario, de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones. Y ello porque, aunque se afirma que la obligación médica es de medios, no de resultado, ello no obsta a la presunción desfavorable que nace del daño, cuando éste es desproporcionado en relación con lo que es usual.

El Tribunal Supremo identificó la doctrina del daño desproporcionado con las medidas de facilitación de la prueba existentes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno:

«[C]onviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor [así, la Sentencia de 13 diciembre 1997 (A.8816)], que corresponde a la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima» (FD. 2º)

b) STS, 1ª, 461/2003, de 8 de mayo, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz.

El 7.1.1991 Marisol sufrió un accidente de esquí en Baqueira Beret que le causó una fractura de espina tibial, de la que fue auxiliada *in situ* y trasladada a Barcelona, donde fue atendida por el doctor Carlos Antonio, que tenía contratado un seguro con Winterthur y pertenecía a "Asistencia Sanitaria Colegial, SA". El tratamiento se prolongó hasta mayo de 1992, en cuyo transcurso la paciente se sometió a tres intervenciones. Finalmente, Marisol acudió a otro doctor para que acabase el tratamiento, pero le quedaron secuelas graves que consisten en limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y una cojera irreversible.

Marisol demanda al doctor Carlos Antonio, a Winterthur y a "Asistencia Sanitaria Colegial, SA" y solicita una indemnización de 120.202,42 €.

El JPI nº 25 de Barcelona (7.4.1995) estima en parte la demanda y condena a Carlos Antonio y a Winterthur al pago de 72.121,45 €. La AP de Barcelona (Sección 11ª, 8.5.1997) estima el recurso de apelación, revoca la SJPI y absuelve a los condenados en la instancia previa.

El TS estima el recurso interpuesto por la actora, revoca la SAP y confirma la SJPI. Considera que el largo periodo de tratamiento, con tres intervenciones de por medio y con el resultado de graves secuelas, es suficiente para deducir la negligencia médica de acuerdo con la regla *res ipsa loquitur*. Así:

"[U]na caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia *(«res ipsa loquitur»),* una apariencia de prueba de ésta *("Anscheisbeweis"),* una culpa

virtual *("faute virtuelle").*No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (…), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad" (FD 3º).

c) STS, 1ª, 417/2007, de 16 de abril, MP: Vicente Luis Montes Penadés.

El 9.2.1994, el Dr. Jorge intervino quirúrgicamente a Maite de una hernia discal y le implantó un injerto óseo y una placa de titanio que le produjeron una infección bacteriana. En el postoperatorio, la paciente fue visitada en tres ocasiones por dolores, pero la infección no fue detectada por falta de empleo del medio diagnóstico adecuado. El 3.9.1994, Maite ingresó en el "Hospital Virgen de las Nieves" de Granada, donde fue intervenida en tres ocasiones porque se le encontró un absceso de pus en la zona en la que había sido intervenida. Maite sufrió secuelas consistentes en una tetraparesia con incapacidad del 76%, perjuicio estético derivado de traqueotomía y depresión grave.

Maite demandó a Jorge y a "Neurosan, S.L." *(no consta relación con el caso)*, y solicitó una indemnización de 901.518,6 €.

La SJPI nº 25 de Barcelona, 16.2.1999, estimó en parte la demanda, condenó a Jorge a pagar 540.910,89 € y absolvió al otro demandado. La SAP de Barcelona, Secc. º7ª, 31.1.2000, desestimó el recurso de apelación interpuesto por Jorge y confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación, pues:

"[A]nte el daño desproporcionado (…) se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume" y en este caso, "no se ha producido por parte del demandado una explicación que excluya la apreciación de negligencia por falta de atención durante el postoperatorio" (FD 2º).

- Otras sentencias relevantes: SSTS, 1ª, 813/1997, de 26 de septiembre; 593/1999, de 29 de junio; 1038/1999, de 9 de diciembre; ; 284/2014, de 6 de junio. En la literatura jurídica española la referencia es Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 186 y ss.

3. 1. Material Complementario: *res ipsa loquitur* en el *common law* norteamericano

En el *Common Law* norteamericano tres casos de referencia son los siguientes:

En *Byrne v. Boadle* [159 Eng. Rep. 299 (Ex. 1863)] el demandante había resultado herido cuando un barril de harina cayó de una ventana del edificio del demandado y el juez Pollock no tuvo mucha dificultad en concluir que estas cosas solo pueden ocurrir si el demandado ha sido negligente.

[Plaintiff's complaint stated that he was passing along the highway in front of defendant's premises when he was struck and badly hurt by a barrel of flour that was apparently being lowered from a window above, which was on the premises of the defendant, a dealer in flour. Several witnesses testified that they saw the barrel fall and hit plaintiff. The defendant claimed "that there was no evidence of negligence for the jury". The trial court, agreeing, nonsuited plaintiff after the jury had assessed the damages at £50. On appeal in the Court of Exchequer, the plaintiff argued that the evidence was sufficient to support a verdict in his favor. In response, the defendant's lawyer argued that it was consistent with the evidence that the purchaser of the flour or some complete stranger was supervising the lowering of the barrel of flour and that its fall was not attributable in any way to defendant or his servants.

Pollock, C.B. We are all of opinion that the rule must be absolute to enter the verdict for the plaintiff. The learned counsel was quite right in saying that there are many accidents from which no presumption of negligence can arise, but I think it would be wrong to lay down as a rule that in no case can presumption of negligence arise from the fact of an accident. Suppose in this case the barrel had rolled out of the warehouse and fallen on the plaintiff, how could he possibly ascertain from what cause it occurred? It is the duty of persons who keep barrels in a warehouse to take care that they do not roll out, and I think that such a case would, beyond all doubt, afford prima facie evidence of negligence. A barrel could not roll out of a warehouse without some negligence, and to say that a plaintiff who is injured by it must call witnesses from the warehouse to prove negligence seems to me preposterous. So in the building or repairing a house, or putting pots on the chimneys, if a person passing along the road is injured by something falling upon him, I think the accident alone would be prima facie evidence of negligence. Or if an article calculated to cause damage is put in a wrong place and does mischief, I think that those whose duty it was to put it in the right place are prima facie responsible, and if there is any state of facts to rebut the presumption of negligence, they must prove them. The present case upon the evidence comes to this, a man is passing in front of the premises of a dealer in flour, and there falls down upon him a barrel of flour. I think it apparent that the barrel was in the custody of the defendant who occupied the premises, and who is responsible for the acts of his servants who had the control of it; and in my opinion the fact of its falling is prima facie evidence of negligence, and the plaintiff who was injured by it is not bound to shew that it could not fall without negligence, but if there are any facts inconsistent with negligence it is for the defendant to prove them. [Judgment affirmed].

Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski y Andrew J. Wistrich (*Inside the Judicial Mind* 86 Cornell L. Rev. 777, 808-809 (2001)), encuestaron a un número elevado de jueces federales estadounidenses sobre un caso modelado a partir de *Byrne v. Boadle* y preguntaron sobre su estimación de la probabilidad de que el barril hubiera caído por negligencia en su aseguramiento por la empleadora del demandado: la formulación del caso era la misma para todos los encuestados, pero sus respuestas oscilaban salvajemente. Menos del 50% de las respuestas coincidieron con la apreciación estadística de la probabilidad que resultaba de los datos del modelo.

En *Colmenares Vivas v. Sun Alliance Insurance Co.* [807 F.2d 1102 (1st Cir. 1986)] los demandantes habían sufrido daños porque la barandilla de la escalera mecánica por la que estaba subiendo se detuvo de golpe pero los escalones siguieron como si tal cosa. El caso interesa porque el Tribunal de Puerto Rico que lo resolvió resumió para el público la doctrina.

BOWNES, Circuit Judge.

Appellants are plaintiffs in a diversity action to recover damages for injuries they suffered in an accident while riding an escalator. After the parties had presented their evidence, the defendants moved for and were granted a directed verdict. The court held that there was no evidence of negligence and that the doctrine of res ipsa loquitur, which would raise a presumption of negligence, did not apply. We reverse the directed verdict and remand the case to the district court because we hold that res ipsa loquitur does apply.

I. BACKGROUND

On February 12, 1984, Jose Domingo Colmenares Vivas and his wife, Dilia Arreaza de Colmenares, arrived at the Luis Muñoz Marin International Airport in Puerto Rico. They took an escalator on their way to the Immigration and Customs checkpoint on the second level. Mrs. Colmenares was riding the escalator on the right-hand side, holding the moving handrail, one step ahead of her husband. When the couple was about halfway up the escalator, the handrail stopped moving, but the steps continued the ascent, causing Mrs. Colmenares to lose her balance. Her husband grabbed her from behind with both hands and prevented her from falling, but in doing so, he lost his balance and tumbled down the stairs. Mr. and Mrs. Colmenares filed a direct action against the Sun Alliance Insurance Company, who is the liability insurance carrier for the airport's owner and operator, the Puerto Rico Ports Authority. Sun Alliance brought a third-party contractual action against Westinghouse Electric Corporation based on a maintenance contract that required Westinghouse to inspect, maintain, adjust, repair, and replace parts as needed for the escalator and handrails, and to keep the escalator in a safe operating condition. (…)

The trial was conducted on January 30 and 31, 1986. (…) After hearing the parties' arguments, the court ruled that there was no evidence that the Ports Authority had been negligent, and that the case could not go to the jury based on res ipsa loquitur because at least one of the requirements for its application -that the injury-causing instrumentality was within the exclusive control of the defendant- was not met (…).

II. RES IPSA LOQUITUR

Under Puerto Rico law, three requirements must be met for res ipsa loquitur, ("the thing speaks for itself"), to apply: "(1) the accident must be of a kind which ordinarily does not occur in the absence of someone's negligence; (2) it must be caused by an agency or instrumentality within the exclusive control of defendant; [and] (3) it must not be due to any voluntary action on the part of plaintiff." Community Partnership v. Presbyterian Hospital. If all three requirements are met, the jury may infer that the defendant was negligent even though there is no direct evidence to that effect. (…)

A. The First Requirement: Inference of Negligence

The first requirement that must be met for res ipsa loquitur to apply is that "the accident must be such that in the light of ordinary experience it gives rise to an inference that someone has been negligent". We hold that this requirement was met because an escalator handrail probably would not stop suddenly while the escalator continues moving unless someone had been negligent.

This requirement would not be met if appellants had shown nothing more than that they had been injured on the escalator, because based on this fact alone it would not be likely that someone other than the appellants had been negligent. (…). Here, it was not disputed that the handrail malfunctioned and stopped suddenly, an event that foreseeably could cause riders to lose their balance and get injured. Thus, the evidence gave rise to an inference that someone probably had been negligent in operating or maintaining the escalator, and the first requirement for the application of res ipsa loquitur was met.

B. The Second Requirement: Exclusive Control

The second requirement for res ipsa loquitur to apply is that the injury-causing instrumentality - in this case, the escalator- must have been within the exclusive control of the defendant. The district court found that this requisite was not met, despite the parties' stipulation that "the escalator in question is property of and is under the control of the Puerto Rico Ports Authority." We agree that this stipulation was not by itself enough to satisfy the res ipsa loquitur requirement. It did not exclude the possibility that someone else also had control over the escalator; indeed, the stipulation said that Westinghouse maintained the escalator. We hold, however, that the Ports Authority effectively had exclusive control over the escalator because the authority in control of a public area has a nondelegable duty to maintain its facilities in a safe condition.

Few courts have required that control literally be "exclusive." (…)The exclusive control requirement, then, should not be so narrowly construed as to take from the jury the ability to infer that a defendant was negligent when the defendant was responsible for the injury-causing instrumentality, even if someone else might also have been responsible. The purpose of the requirement is not to restrict the application of the res ipsa loquitur inference to cases in which there is only one actor who dealt with the instrumentality, but rather "to eliminate the possibility that the accident was caused by a third party." (…) It is not necessary, therefore, for the defendant to have had actual physical control; it is enough that the defendant, and not a third party, was ultimately responsible for the instrumentality. Thus, res ipsa loquitur applies even if the defendant shares responsibility with another, or if the defendant is responsible for the instrumentality even though someone else had physical control over it. (…) It follows that a defendant charged with a nondelegable duty of care to maintain an instrumentality in a safe condition effectively has exclusive control over it for the purposes of applying res ipsa loquitur. (…) Unless the duty is delegable, the res ipsa loquitur inference is not defeated if the defendant had shifted physical control to an agent or contracted with another to carry out its responsibilities.

We hold that the Ports Authority could not delegate its duty to maintain safe escalators. There are no set criteria for determining whether a duty is non-delegable; the critical question is whether the responsibility is so important to the community that it should not be transferred to another (…). The Ports Authority was charged with such a responsibility. It was created for a public purpose, which included the operation and management of the airport.(...) A concomitant of this authority is the duty to keep the facilities it operates in a reasonably safe condition. The public is entitled to rely on the Ports Authority -not its agents or contractors- to see that this is done.

C. The Third Requirement: The Plaintiffs' Actions

The third requirement that must be met for res ipsa loquitur to apply is that the accident must not have been due to the plaintiff's voluntary actions. The district court found, and we agree, that there was no evidence that Mr. and Mrs. Colmenares caused the accident. Indeed, there is no indication that they did anything other than attempt to ride the escalator in the ordinary manner. Therefore, we hold that all three requirements were met and that the jury should have been allowed to consider whether the Ports Authority was liable based on the permissible inference of negligence raised by the application of res ipsa loquitur (...).

TORRUELLA, Circuit Judge dissenting. I must regretfully dissent. (…) In my view, solely because the handrail stopped and Mrs. Colmenares fell, without further evidence as to why or how the handrail malfunctioned, does not give rise to an inference of negligence by the Ports Authority. (…)

The malfunctioning of an escalator presents an even stronger argument against the raising of an inference of negligence without additional proof as to the cause of the malfunction. Although a court can take notice that an escalator is a complicated piece of machinery, it has no basis of common knowledge for inferring that its malfunction is the result of the operator's negligence.

Finalmente en *Ybarra v. Spangard* (25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687) la victima ingresó en un hospital para ser intervenida de de apendicitis, pero, tras el alta médica, salió de él con una lesión irreversible en el cuello y una parálisis para extender y mover uno de sus brazos. La víctima demando, el tribunal de primera instancia falló a favor de los demandados y la víctima recurrió. El razonamiento del tribunal de apelación es el que se resume a continuación:

GIBSON, C. J. On October 28, 1939, plaintiff consulted defendant Dr. Tilley, who diagnosed his ailment as appendicitis, and made arrangements for an appendectomy to be performed by defendant Dr. Spangard at a hospital owned and managed by defendant Dr. Swift. Plaintiff entered the hospital, was given a hypodermic injection, slept, and later was awakened by Drs. Tilley and Spangard and wheeled into the operating room by a nurse whom he believed to be defendant Gisler, an employee of Dr. Swift. Defendant Dr. Reser, the anaesthetist, also an employee of Dr. Swift, adjusted plaintiff for the operation, pulling his body to the head of the operating table and, according to plaintiff's testimony, laying him back against two hard objects at the top of his shoulders, about an inch below his neck. Dr. Reser then administered the anaesthetic and plaintiff lost consciousness. When he awoke early the following morning he was his hospital room attended by defendant Thompson, the special nurse, and another nurse who was not made a defendant.
Plaintiff testified that prior to the operation he had never had any pain in, or injury to, his right arm or shoulder, but that when he awakened he felt a sharp pain about half way between the neck and the point of the right shoulder. He complained to the nurse, and then to Dr. Tilley, who gave him diathermy treatments while he remained in the hospital. The pain did not cease but spread down to the lower part of his arm, and after his release from the hospital the condition grew worse. He was unable to rotate or lift his arm, and developed paralysis and atrophy of the muscles around the shoulder. He received further treatments from Dr. Tilley until March, 1940, and then returned to work, wearing his arm in a splint on the advice of Dr. Spangard. (…)

We have no doubt that in a modern hospital a patient is quite likely to come under the care of a number of persons in different types of contractual and other relationships with each other. (…) We do not believe that either the number or relationship of the defendants alone determines whether the doctrine of res ipsa loquitur applies. Every defendant in whose custody the plaintiff was placed for any period was bound to exercise ordinary care to see that no unnecessary harm came to him and each would be liable for failure in this regard. Any defendant who negligently injured him, and any defendant charged with his care who so neglected him as to allow injury to occur, would be liable. The defendant employers would be liable for the neglect of their employees; and the doctor in charge of the operation would be liable for the negligence of those who became his temporary servants for the purpose of assisting in the operation. (…)

The judgment is reversed.

Capítulo 6
Responsabilidad objetiva

1. Concepto general de responsabilidad objetiva. Distinciones con responsabilidad por culpa y responsabilidad absoluta 137
1.1 Relación con la responsabilidad por negligencia 138
1.2. Relación con la responsabilidad absoluta 138
1.3. El análisis económico de la responsabilidad objetiva 138
2. Responsabilidad objetiva y relaciones de vecindad (*Private Nuisance)* 141
3. La noción de responsabilidad objetiva por mera causación de daños 142
4. Regímenes legales de responsabilidad objetiva en derecho español 142
STS, 1ª, Pleno, 536/2012, de 10 de septiembre, MP: Juan Antonio Xiol Ríos 143
STS, 1ª, Pleno, 294/2019, de 27 de mayo, MP: Francisco Marín Castán 145
5. Materiales complementarios: 148
5.1. La doble justificación de la responsabilidad objetiva: *Rylands v. Fletcher* [(1868) UKHL 1]. 148
5.2. Actividades anormalmente peligrosas 150
5.2.1. La regla en el Restatement (Third) of Torts 150
5.2.2. Rasgos de las actividades anormalmente peligrosas 151
5.3. Una visión europea continental de la responsabilidad objetiva o por riesgo (Hern Kötz y Gerhard Wagner. Deliktsrecht, 10. Auflage, Luchterhand, München, 2006 §§ 190 y ss.) 152

1. Concepto general de responsabilidad objetiva. Distinciones con responsabilidad por culpa y responsabilidad absoluta

En responsabilidad objetiva (RO, en inglés, *Strict Liability*), el demandado responde por haber causado un daño a la víctima aunque no haya incurrido en ningún género de culpa o negligencia. La responsabilidad objetiva es una excepción a la regla general del art. 1902 CC que impone la reparación o compensación de los daños siempre que su causante haya incurrido en algún género de culpa o negligencia, basándose, por tanto, en la imputación subjetiva al sujeto. En ausencia de la misma, la responsabilidad se denomina objetiva, si bien alguna doctrina, mucha jurisprudencia y algunas leyes españolas se refieren a la RO como responsabilidad por riesgo (art. 1.1 del TRLSRCSVM "*el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción…*"), denotando que el causante no responde por un comportamiento negligente o culposo sino por el mero riesgo de causar un daño con su conducta o con la actividad que desarrolla, ello aunque se haya comportado diligentemente. En otras ocasiones el carácter objetivo se observa por la falta de referencia a los criterios tradicionales de la culpa o negligencia (art. 106.2 CE: "*funcionamiento de los servicios públicos*"), por su negación en la ley (art. 3.1 Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental: "*aunque no exista dolo, culpa o negligencia*") y, en los que parecen ser los menos, la ley afirma expresamente el carácter objetivo de la responsabilidad (art. 45 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear: "*esta responsabilidad será objetiva*"). Hablamos pues de RO cuando, pese a que el causante del daño se haya comportado diligentemente, deberá responder igualmente por los daños causados por su

actividad al tratarse, normalmente, de una actividad que genera riesgos extraordinarios y que un comportamiento diligente tampoco los ha podido evitar.

1.1 Relación con la responsabilidad por negligencia

La regla de RO concierne actividades que entrañan un riesgo muy significativo de causar daños, sea ya porque los riesgos generados son extraordinarios, es decir, muy graves, sea ya porque los riesgos residuales, aquellos que subsisten pese a la diligencia de la conducta del demandado, son ineliminables. En los casos de actividades calificadas como anormalmente peligrosas, hay razones para recurrir a una regla de RO e incentivar al responsable de la actividad arriesgada para que adopte decisiones socialmente deseables acerca del nivel o grado de la actividad misma.

1.2. Relación con la responsabilidad absoluta

En aplicación de una regla de responsabilidad objetiva, resulta irrelevante examinar el nivel de cuidado adoptado por el demandado: si la actora prueba la relación de causalidad y no concurre ninguna causa de exoneración, la demandada responderá civilmente con independencia de que hubiera sido diligente o negligente.

En cambio, en los sistemas de compensación de daños basados en la responsabilidad absoluta, la responsabilidad se desliga, además, de toda conexión causal. Así pues, la causalidad -además del nivel de cuidado- resulta irrelevante para imputar las consecuencias previstas en la ley al demandado: la mera acreditación de un resultado puede bastar como fundamento de la responsabilidad en cuestión.

Los regímenes de responsabilidad absoluta hacen innecesaria toda labor judicial de identificación de la relación causal y de existencia e infracción de un deber de precaución: los responsables potenciales están identificados *ex ante* por la ley y *ex post* sólo resta comprobar si el demandado llevaba a cabo la actividad típica o característicamente peligrosa, así como si el daño producido estaba también típicamente asociado al desarrollo de tal actividad.

Es con todo discutible si son auténticos supuestos de responsabilidad absoluta aquellos en los cuales la causalidad solo se presume, por ejemplo, por concreción de riesgo en realización de conductas con riesgo característico. En dichos regímenes, la causalidad no deja de carecer de relevancia, sino que se presume y deberá ser el demandado quien, con mayor o menor laxitud, tendrá la carga de probar la falta de causalidad o imputación objetiva.

1.3. El análisis económico de la responsabilidad objetiva

Fernando GÓMEZ POMAR, *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, *InDret* 1/2001, pp. 2-4:

"La distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las (…) básicas del Derecho de daños. Una y otra regla constituyen igualmente la

dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos.

Los efectos de una y otra sobre las conductas de cuidado del causante (si el accidente es unilateral, esto es, su probabilidad de acaecimiento depende del comportamiento del dañante y no del de la víctima) o de causante y víctima (si el accidente es bilateral, esto es, su probabilidad de acaecimiento depende del comportamiento de ambos) han sido ampliamente estudiados por el análisis económico del Derecho de daños y no es necesario reproducirlos aquí. El lector interesado puede encontrar el tratamiento canónico de la materia en Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, p. 6 y ss, Cambridge (Mass.), 1987.

Conviene recordar las posibles ventajas y desventajas de la responsabilidad objetiva comparadas con la responsabilidad por culpa.

a) Simplificación y menor propensión al error en los procesos judiciales

En la medida en que la regla de responsabilidad objetiva permite a los jueces y tribunales decidir la responsabilidad del demandado sin consideración hacia el nivel de diligencia exigible, y sin detenerse a determinar si el cuidado realmente observado por el demandado se ha atenido a tal nivel, los procedimientos judiciales en la materia serán, en buena lógica, más simples y menos costosos.

Al ser igualmente más predecible el resultado (ya que una posible fuente de incertidumbre, que es la decisión de si el demandado ha sido o no negligente, queda por definición obviada) se incrementará la tasa de transacción extrajudicial de las reclamaciones de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.

Por añadidura, si se supone, como parece realista hacer, que los jueces y tribunales pueden cometer errores en la determinación del estándar de la diligencia exigible o en la valoración del ajuste de la conducta del demandado a tal estándar, el atractivo de la regla de responsabilidad objetiva, que elimina de raíz toda posibilidad de error al respecto, se acrecienta.

Esta ventaja procesal de la responsabilidad objetiva frente a la culpa es, en buena medida, más teórica que real. Y no sólo porque bajo un régimen de responsabilidad objetiva es esperable que se produzcan más reclamaciones indemnizatorias y, por tanto, mayor número de litigios y de costes procesales globales que bajo un régimen de culpa. La razón es más sutil y procede del hecho de que, con regla de la culpa o sin ella, siempre será necesario examinar en el proceso, además de la causalidad material, la imputación objetiva del daño causado a la conducta del causante. Y como tal juicio de imputación objetiva no es conceptualmente distinguible del análisis coste-beneficio de la conducta del causante a la vista de sus costes de precaución, de la probabilidad del accidente y de la magnitud del daño, el proceso no resultará significativamente menos costoso bajo una regla de responsabilidad objetiva.

Lo anterior es al menos parcialmente cierto –parcialmente, pues, como habremos de ver, no todas las cuestiones relacionadas con la causalidad son cuestiones de imputación objetiva-- y deja como única razón autónoma de preferencia de la RO la siguiente:

b) La peligrosidad de la actividad dañosa

Si el volumen de actividad potencialmente dañosa del causante (cuántos kilómetros conduce su camión una transportista autónoma, cuántas horas vuela sus aeroplanos una compañía aérea, cuántos productos químicos inevitablemente contaminantes fabrica una empresa), y no sólo su inversión en cuidado o precaución, es un factor influyente sobre la probabilidad de acaecimiento del daño, la regla de responsabilidad por culpa se ve incapaz de inducir en el causante los niveles de actividad socialmente más deseables.

Al causante, a fin de eludir el pago de la indemnización, le basta con alcanzar el nivel de cuidado exigible, esto es, ser diligente. Siendo diligente, pues, no se enfrenta al riesgo de abonar indemnización alguna por los daños resultantes de su actividad, de modo que la regla de la culpa no le incentivará a adoptar el volumen de actividad más adecuado socialmente, es decir, desde el punto de vista de la reducción eficiente de los costes sociales (los privados más las externalidades negativas, los daños a terceros) derivados de aquélla. Escogerá, en cambio, aquel nivel de actividad que le resulte privadamente más ventajoso, y que será superior al más conveniente desde el punto de vista del bienestar social. La razón de lo anterior es que su función de oferta no recogerá los costes derivados de los daños a terceros y quedará así por debajo de otra que efectivamente diera razón de ellos: producirá entonces mayor cantidad de aquella que resultaría óptima.

La regla de responsabilidad objetiva, por el contrario, fuerza al causante a internalizar el coste externo de su actividad: como, con independencia de su mayor o menor cuidado, tendrá que pagar por todo el daño causado, le conviene, por propio interés, elegir el nivel de actividad que hace máxima la diferencia entre la utilidad resultante de la actividad y el daño producido, y éste es precisamente el nivel que dicta la maximización del bienestar social.

Esta ventaja frente a la de la culpa no resulta demasiado relevante cuando la actividad potencialmente generadora de daños no es en sí peligrosa, es decir, cuando se trata de una actividad que, si se realiza con la precaución requerida por el estándar de la diligencia exigible, presenta un riesgo reducido de producir daños (más técnicamente: la probabilidad del daño evaluada en el punto de la diligencia exigible es baja). Aunque el volumen de la actividad del causante supere lo deseable socialmente, el daño resultante no es significativo.

Por contra, la comentada deficiencia de la regla de la culpa sí se convierte en preocupante en relación con actividades que se pueden calificar de intrínsecamente peligrosas: en ellas, el daño esperado es importante aun cuando el agente actúe con toda la diligencia exigible. Este daño esperado puede ser alto tanto como consecuencia de la elevada probabilidad de que ocurra el daño como por la elevada magnitud de éste, aun siendo reducida la probabilidad del mismo (piénsese, por ejemplo, en una central nuclear: la probabilidad de escape puede ser pequeña si se opera con diligencia, pero si un tal evento de baja probabilidad tiene lugar, el resultado dañoso es verdaderamente catastrófico).

Tratándose de actividades inherentemente peligrosas redunda, pues, con claridad, en interés de la sociedad que quien desarrolla la actividad no exceda los niveles de ésta que son socialmente

óptimos. La consecuencia es, en principio, la preferencia de la responsabilidad objetiva como regla de responsabilidad para una actividad de esa naturaleza.
En puridad, en los ámbitos de accidente bilateral es preciso tomar en consideración también el volumen de actividad de la potencial víctima. La incidencia sobre éste de ambas reglas de responsabilidad es, bajo ciertos supuestos, precisamente el opuesto al que se acaba de exponer. Se puede soslayar esta objeción, sin embargo, suponiendo simplemente que el análisis se limita a los accidentes unilaterales (aéreos, medioambientales) y a aquellos bilaterales en los que en relación con el daño esperado el nivel de actividad del causante es más trascendente que el de la víctima.

En términos más técnicos de probabilidad, sean:
X = "falta de cuidado del causante" (en otros términos, "negligencia")
~X = "no X", (por tanto, "diligencia del causante")
Y = "acaecimiento del daño"
Prob (Y/X) = probabilidad de Y condicionada a que haya ocurrido X
Prob (Y/~X) = probabilidad de Y condicionada a que no haya ocurrido X.

Una actividad se puede definir como intrínsecamente peligrosa si el cociente $\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/~X)}}$ es sólo ligeramente superior a 1.

Este resultado del cociente indica que la observación o constatación de que ha ocurrido Y, esto es, el daño, no es una buena señal o indicio de si X ha ocurrido o no, es decir, de si el causante actuó con negligencia. Y, recuérdese, precisamente es en casos como éstos en los que la regla de responsabilidad objetiva aparece como preferible a la regla de responsabilidad por culpa".

2. Responsabilidad objetiva y relaciones de vecindad (*Private Nuisance)*

Para el análisis legal de la cuestión tratada en este epígrafe, véanse los artículos 546-13 y 546-14 del Código civil de Cataluña, sobre inmisiones, y los artículos 389-391 del Código Civil español, en relación con sus artículos 1907-1908.

El régimen legal de RO por actividades anormalmente peligrosas parece tener su origen en problemas surgidos entre vecinos causados por usos incompatibles de sus fincas respectivas. La responsabilidad por un uso incompatible o inmisión puede fundarse en la conducta del demandado consistente en el desarrollo de actividades inusuales o la creación de condiciones poco habituales en su finca que interfieren con el uso y disfrute de sus bienes por parte del actor. En el *Common Law*, una actividad del demandado que afecta al uso y disfrute privados de una finca es ilícita si se lleva a cabo negligentemente, si resulta anormalmente peligrosa o si la actividad es irrazonable y causa daños de forma intencional.

3. La noción de responsabilidad objetiva por mera causación de daños

Algunos académicos han abogado por universalizar el principio de RO, es decir, una regla de responsabilidad por todos los daños que pueda causar una persona en sus interacciones sociales. Se trata de una visión arraigada en el sentir de las gentes: con una alta probabilidad, el común de los ciudadanos responderá afirmativamente a la pregunta acerca de si una persona ha de responder por los daños que cause a un tercero. Cuando alguien actúa voluntariamente y, al hacerlo, obtiene los beneficios esperados de tal acción, parece de justicia que haya de arrostrar con las consecuencias negativas derivadas de su actividad. Sin embargo, una crítica tradicional a esta tesis apunta a la circunstancia de que la mayoría de accidentes ocurren en la intersección literal o figurada de dos o más actividades. Por ello, la mera causalidad de hecho resulta un criterio indeterminado e insuficiente para la atribución de responsabilidad. Por ejemplo, cuando un tren arrolla un vehículo en un paso a nivel, el accidente tiene su origen tanto en el funcionamiento del ferrocarril como en la conducción de automóviles.

4. Regímenes legales de responsabilidad objetiva en derecho español

En derecho español, diferentes normas recogen supuestos de responsabilidad objetiva por razón de su objeto. Estos regímenes legales sustentan un buen fragmento de la parte especial del derecho de daños, de la que no damos cuenta exhaustiva en este trabajo.

Las reglas de responsabilidad objetiva más destacables en derecho español son:

- Administraciones públicas: arts. 32 a 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y art. 106.2 CE.

- Animales: art. 1905 CC.

- Caza: art. 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza

- Cosas que se arrojen o caigan de una casa: art. 1910 CC

- Energía nuclear: art. 45 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear.

- Medio ambiente: Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, modificada por la Ley 11/2014, de 3 de julio.

- Navegación aérea: art. 120 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea

- Productos defectuosos: Art. 1 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos; arts. 128 y ss. RDL 1/1007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (RDL 1/2007).

    - Pablo Salvador Coderch, Fernando Gómez Pomar (Eds.), AA.VV., *Tratado de responsabilidad civil del fabricante,* Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

    - Antonio Orti Vallejo, María del Carmen García Garnica (Dirs.), AA.VV., *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, 2ª. ed., Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.

- Determinados servicios, regulados en el art. 148 RDL 1/2007: servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

- Responsabilidad del propietario por los humos excesivos nocivos para las personas o las propiedades y caída de árboles colocados en sitios de tránsito: art. 1908. 2º y 3º CC.

- Accidentes de circulación: Real Decreto Legislativo 8/2004**,** de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

STS, 1ª, Pleno, 536/2012, de 10 de septiembre, MP: Juan Antonio Xiol Ríos

El 31.3.2003 tuvo lugar un accidente de tráfico debido a la colisión en una curva de dos vehículos. La calzada donde tuvo lugar el accidente disponía de dos carriles con doble sentido de circulación y no pudo acreditarse cuál de los dos vehículos invadió el carril contrario. El conductor de uno de los vehículos, Dionisio, sufrió lesiones y la prueba de alcoholemia practicada al otro conductor, Nicolás, dio positiva, y este admitió que en el momento del accidente circulaba a una velocidad superior a los 50 km/h permitidos. Ambos vehículos resultaron con daños que fueron reparados por las respectivas aseguradoras.

Dionisio denunció a Nicolás y se reservó la acción civil para interponerla en un procedimiento posterior. El Juzgado de lo Penal (7.3.2005) condenó a Nicolás como autor de un delito contra la seguridad del tráfico y de un delito de lesiones por imprudencia. La AP Vizcaya (1.7.2005) revocó la sentencia de instancia y absolvió al acusado: "no se ha probado que efectivamente fuera su vehículo quien invadió el carril contrario y, por lo tanto, incurriera en la infracción del deber objeto de cuidado determinante del siniestro."(A.H. 2º STS).

Dionisio demandó a la compañía de seguros Allianz S.A., aseguradora del vehículo conducido por Nicolás, y reclamó una indemnización por los daños personales sufridos.

El JPI nº 1 de Guernica-Lumo (12.1.2009) desestimó la demanda "al estima[r] que se carecen de elementos concluyentes que permitan conocer con certeza quién invadió el carril contrario, causa del accidente" (A.H. 2º).

La SAP de Vizcaya (Sección 3ª, 11.6.2009) estimó parcialmente el recurso en cuanto a las costas, pero confirmó el resto de pronunciamientos de la SJPI: "ante las versiones contradictorias de los litigantes y atendiendo a la doctrina de las reglas de prueba que en estos supuestos deben ser de aplicación (...) el actor no ha logrado acreditar los hechos que reclama y por tanto [procede] desestimar su demanda" (AH 4º).

El actor interpuso recurso de casación por infracción del art. 1902 CC, del art. 1.1 Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y de la doctrina jurisprudencial sobre este último precepto.

El TS estimó el recurso de casación del actor, declaró al demandado responsable del 100% de los daños personales acreditados por el actor y ordenó reponer las actuaciones a la AP para que dictara sentencia en torno a la cuantía de la indemnización:

"B) (...) [U]na recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación (...).

El principio de responsabilidad objetiva -en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí-, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño (...)

C) La solución apuntada traslada la controversia al tema de si procede o no que cada conductor resarza por completo los daños corporales causados a los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión (...)

[E]n trance de unificar la doctrina existente con efecto de fijación de jurisprudencia, dada la divergencia existente entre las distintas audiencias provinciales, nos inclinamos por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas. Las razones en que se funda esta conclusión son las siguientes:

(a) Esta es la doctrina seguida por un número considerable de audiencias provinciales.

(b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado, como se ha expuesto.

(c) Es una doctrina próxima, aunque no coincida con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción.

(d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, artículo 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»).

(e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo. Estimamos que, cuando, por falta de datos, no resulta posible destruir la presunción fundada en el riesgo creado por cada conductor respecto de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo (supuesto a que se contrae el caso enjuiciado), el principio de responsabilidad objetiva puede resultar dañado si, sin otro fundamento que haber existido otra posible causa concurrente, presuntivamente se restringe la causalidad imputable a cada conductor en la producción de los daños al otro vehículo a una proporción del 50% (esta reducción sí sería procedente si se probase que ambos causaron el accidente en dicha proporción)" (FD. 4º).

En el mismo sentido se pronuncia la **STS, 1ª, 312/2017, de 18 de mayo**, MP: Antonio Seijas Quintano: "El principio de responsabilidad objetiva (…) no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negeligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor (FJ Segundo, nº 3). La solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personaes causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas (*Ibidem*, nº 4).

STS, 1ª, Pleno, 294/2019, de 27 de mayo, MP: Francisco Marín Castán

Sobre las 23.30h. del 25 de diciembre de 2010, en un cruce del barrio de Leganés (Madrid) se produjo una colisión frontal entre un taxi y un vehículo de emergencias del Summa-112 (servicio de emergencias médicas de la Comunidad de Madrid). Aunque en el momento de los hechos la ambulancia prestaba un servicio de urgencia, no se probó que circulara con los dispositivos luminosos y acústicos encendidos. Tampoco se acreditó la fase en que se encontraba el semáforo del sentido de la marcha de cada vehículo. Según el parte elaborado por agentes de la policía local, tanto el conductor como la profesional sanitaria que iba dentro de la ambulancia sufrieron daños personales y las partes frontales de ambos vehículos resultaron dañadas. La aseguradora del taxi (Mutua MMT Seguros) pagó el importe de la reparación de los daños materiales del taxi (6.914,92 euros). Además, el taxi estuvo en el taller desde el 25 de diciembre hasta el 18 de enero de 2011, período durante el cual no pudo prestar servicio. " C" quién interpone qué

Formulada denuncia por el conductor y la sanitaria de la ambulancia contra el conductor del taxi, se siguió juicio de faltas por el Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid, que dictó sentencia absolutoria el 4 de octubre de 2012 porque no se había podido destruir la presunción de inocencia por falta de prueba de que el conductor del taxi hubiera incurrido "en una negligencia al no respetar la preferencia de paso, dada la existencia de versiones contradictorias (…) (los denunciantes dijeron que su semáforo estaba en verde (…) mientras que el denunciado mantuvo que el suyo estaba en verde). El Juzgado dictó auto ejecutivo de la cuantía máxima que podían reclamar los lesionados (1.485,86 euros en el caso del conductor y 15.176,75 euros en el caso de la profesional sanitaria). El conductor presentó demanda de ejecución de títulos judiciales y el Juzgado de 1ª instancia núm. 73 de Madrid acordó despachar ejecución contra la aseguradora del taxi.

El 27.12.2012, el propietario y la aseguradora del taxi demandaron al conductor, la entidad propietaria (Mercedes Benz Chaterway España S.A) y la aseguradora del vehículo del Summa (Reale Seguros Generales, S.A.) y solicitaron para el propietario el lucro cesante, valorado en 10.740,40 euros a partir del certificado de la "Asociación Gremial de Auto taxi de Madrid", y para la aseguradora el coste de la reparación que había asumido (6.914,92 euros). La parte demandante alegaba que el vehículo de emergencias se había saltado el semáforo en rojo. La parte demandada alegó en la contestación a la demanda que estaban realizando un servicio de urgencia, que el vehículo circulaba correctamente y que habían avisado de su presencia con los dispositivos acústicos y luminosos de señalización. También sostenía que, en ausencia de una prueba objetiva sobre la fase semafórica, la demanda debía ser desestimada, pues le incumbía al demandante la carga de la prueba. Por último, sostuvo que si la culpa exclusiva del siniestro hubiera sido del conductor de la ambulancia, la aseguradora del taxi se habría opuesto al pago de los daños personales sufridos por aquél ante la demanda de ejecución.

La SJPI estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a indemnizar al propietario en 6.444,024 euros por el tiempo de paralización del vehículo, con los intereses del art. 20 LCS, y a la aseguradora el coste de la reparación solicitado. Según el Juzgado, de acuerdo con la STS, 1ª, Pleno, de 19.9.2012 y la inversión de la carga de la prueba que rige en materia de daños materiales, la falta de acreditación por el conductor demandado de que actuó con plena diligencia permitía declarar la responsabilidad de la parte demandada.

Ambos demandados interpusieron recurso de apelación y la AP estimó el recurso y desestimó la demanda: "No existe en autos prueba objetiva que ponga de manifiesto de una manera clara e indubitada que la culpa del resultado dañoso de la demandante fuera (…) la conducción del vehículo de la demandada. En consecuencia, no se aprecia la debida relación de causalidad (…) ni puede concretarse la imputación de conducta alguna al conductor del vehículo de la demandada".

Los demandantes interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. El TS desestimó el segundo y estimó el recurso de casación:

"1. El régimen legal de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor se funda en su origen en principios de solidaridad social con las víctimas de los accidentes de tráfico más que en los principios tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual (…)

2. En materia de daños personales, la doctrina jurisprudencial de las condenas cruzadas responde a ese principio, pues si se siguiera otro criterio, como el de la indemnización proporcional, la

consecuencia sería que en los casos de muerte de uno de los conductores, o de los dos, laindemnización a los perjudicados sufriría una reducción muy considerable, pese a no haberse probado la concurrencia de las únicas causas de exoneración legalmente admisibles, y la la efectividad del seguro obligatorio del vehículo causante de la muerte del conductor del otro vehículo quedaría injustificadamente mermada, ya que el seguro obligatorio cubre los daños personales de los ocupantes del vehículo asegurado pero no los del propio conductor, que sí quedan íntegramente cubiertos en cambio por el seguro obligatorio del otro vehículo

Cuando se trata de daños en los bienes, el régimen de la responsabilidad civil no se funda ya en ese principio de solidaridad social, sino en el de la culpa o negligencia del conductor causante del daño, como resulta de la remisión del párrafo tercero del art. 1.1. LRCSCVM a los arts. 1902 y siguientes del CC y a los arts. 109 y siguientes del CP .

No obstante, la remisión también a "lo dispuesto en esta ley" y el principio general del párrafo primero del art. 1.1. de que "el conductor de vehículos de motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación" justifican la inversión de la carga de la prueba (…)

4. Cuando, como en el presente caso, ninguno de los conductores logre probar su falta de culpa o negligencia en la causación del daño al otro vehículo cabrían en principio tres posibles soluciones: (i) que cada conductor indemnice íntegramente los daños del otro vehículo; (ii) que las culpas se neutralicen y entonces ninguno deba indemnizar los daños del otro vehículo; y (iii) que cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%.

5. Pues bien, esta sala considera que la tercera solución es la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos de motor, pues cualquiera de las otras dos o bien podría privar por completo de indemnización, injustificadamente, al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión pero no hubiese logrado probar su falta de culpa, o bien podría dar lugar a que se indemnice por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión pero sin que exista prueba al respecto. Sobre este punto conviene tener presente la posibilidad de que uno de los conductores haya sido el causante del daño pero no se pueda probar, posibilidad que se da en el presente caso al ser lo más probable que fuese uno de los conductores quien no respetó la fase roja del semáforo de la calle por la que circulaba.

6. Además, la solución por la que ahora se opta cuenta en su apoyo con la "equitativa moderación" a que se refiere el párrafo cuarto del art. 1.1. LRCSCVM en su redacción aplicable al caso, sin que esto signifique que la supresión de este párrafo por el art. único. 1 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, impida aplicarla a hechos sucedidos bajo el régimen actualmente vigente, cuestión sobre la que esta sala no puede pronunciarse por haber sucedido los hechos del presente litigio antes de esa supresión".

Un comentario a la doctrina de ambas sentencias puede verse en Fernando GÓMEZ POMAR, "La posición del Tribunal Supremo sobre el coste de los accidentes de tráfico y la incertidumbre", Editorial *InDret 3/2019*.

5. Materiales complementarios:

5.1. La doble justificación de la responsabilidad objetiva: *Rylands v. Fletcher* [(1868) UKHL 1].

[The defendant retained and independent contractor to construct a pond in Lancaster, England. Beneath the land were old mine shafts that had long since been filled and covered. Neither the contractor nor the landlord discovered any reason for concern. The ponded water eventually broke through the debris in the shafts and flowed into them, then thorough horizontal shafts to flood the plaintiff´s mine.] a) "the person who for his own purposes brings on his land and collects and keeps there anything likely to do mischief if it escapes, must keep it at his peril" (Justice Blackbourn and Lord Cransworth); b) the defendant bears SL for harms caused by a "non-natural use" in the defendant´s land (Lord Chancellor Cairns). Ambiguity: "non-natural use" yields at least three possible meanings; it might be one that departs from a state of nature; it might be one that is uncommon or unusual, or it might be one that is unreasonable or inappropriate in light of the local circumstances.

[T]he Plaintiff (…) is the occupier of a mine and works under a close of land. The Defendants are the owners of a mill in his neighbourhood, and they proposed to make a reservoir for the purpose of keeping and storing water to be used about their mill upon another close of land, which, for the purposes of this case, may be taken as being adjoining to the close of the Plaintiff, although, in point of fact, some intervening land lay between the two. Underneath the close of land of the Defendants on which they proposed to construct their reservoir there were certain old and disused mining passages and works. There were five vertical shafts, and some horizontal shafts communicating with them. The vertical shafts had been filled up with soil and rubbish, and it does not appear that any person was aware of the existence either of the vertical shafts or of the horizontal works communicating with them. In the course of the working by the Plaintiff of his mine, he had gradually worked through the seams of coal underneath the close, and had come into contact with the old and disused works underneath the close of the Defendants.

In that state of things the reservoir of the Defendants was constructed. It was constructed by them through the agency and inspection of an engineer and contractor. Personally, the Defendants appear to have taken no part in the works, or to have been aware of any want of security connected with them. As regards the engineer and the contractor, we must take it from the case that they did not exercise, as far as they were concerned, that reasonable care and caution which they might have exercised, taking notice, as they appear to have taken notice, of the vertical shafts filled up in the manner which I have mentioned. However, my Lords, when the reservoir was constructed, and filled, or partly filled, with water, the weight of the water bearing upon the disused and imperfectly filled-up vertical shafts, broke through those shafts. The water passed down them and into the horizontal workings, and from the horizontal workings under the close of the Defendants it passed on into the workings under the close of the Plaintiff, and flooded his mine, causing considerable damage, for which this action was brought.

LORD CAIRNS:

My Lords, the principles on which this case must be determined appear to me to be extremely simple. The Defendants, treating them as the owners or occupiers of the close on which the

reservoir was constructed, might lawfully have used that close for any purpose for which it might in the ordinary course of the enjoyment of land be used; and if, in what I may term the natural user of that land, there had been any accumulation of water, either on the surface or underground, and if, by the operation of the laws of nature, that accumulation of water had passed off into the close occupied by the Plaintiff, the Plaintiff could not have complained that that result had taken place. If he had desired to guard himself against it, it would have lain upon him to have done so, by leaving, or by interposing, some barrier between his close and the close of the Defendants in order to have prevented that operation of the laws of nature (…).

[I]f the Defendants, not stopping at the natural use of their close, had desired to use it for any purpose which I may term a non-natural use, for the purpose of introducing into the close that which in its natural condition was not in or upon it, for the purpose of introducing water either above or below ground in quantities and in a manner not the result of any work or operation on or under the land, - and if in consequence of their doing so, or in consequence of any imperfection in the mode of their doing so, the water came to escape and to pass off into the close of the Plaintiff, then it appears to me that that which the Defendants were doing they were doing at their own peril; and, if in the course of their doing it, the evil arose to which I have referred, the evil, namely, of the escape of the water and its passing away to the close of the Plaintiff and injuring the Plaintiff, then for the consequence of that, in my opinion, the Defendants would be liable. (…)

LORD CRANSWORTH:

My Lords, I concur with my noble and learned friend in thinking that the rule of law was correctly stated by Mr. **Justice Blackburn** in delivering the opinion of the Exchequer Chamber. If a person brings, or accumulates, on his land anything which, if it should escape, may cause damage to his neighbour, he does so at his peril. If it does escape, and cause damage, he is responsible, however careful he may have been, and whatever precautions he may have taken to prevent the damage.

In considering whether a Defendant is liable to a Plaintiff for damage which the Plaintiff may have sustained, the question in general is not whether the Defendant has acted with due care and caution, but whether his acts have occasioned the damage. (…). And the doctrine is founded on good sense. For when one person, in managing his own affairs, causes, however innocently, damage to another, it is obviously only just that he should be the party to suffer. He is bound sic uti suo ut non laedat alienum. This is the principle of law applicable to cases like the present, and I do not discover in the authorities which were cited anything conflicting with it.

(…) I come without hesitation to the conclusion that the judgment of the Exchequer Chamber was right. (…). The Defendants, in order to effect an object of their own, brought on to their land, or on to land which for this purpose may be treated as being theirs, a large accumulated mass of water, and stored it up in a reservoir. The consequence of this was damage to the Plaintiff, and for that damage, however skilfully and carefully the accumulation was made, the Defendants, according to the principles and authorities to which I have adverted, were certainly responsible.

5.2. Actividades anormalmente peligrosas

5.2.1. La regla en el Restatement (Third) of Torts

§ 20 RTT. Abnormally Dangerous Activities

a. An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.
b. An activity is abnormally dangerous if:
    i. the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors and
    ii. the activity is not one of common usage.

Elementos de la regla:

a. Cuidado razonable desplegado por todos los agentes (*reasonable care is exercised by all actors*). Con frecuencia será el agente que desarrolle una actividad el que estará mejor situado para controlar los riesgos que aquella genere. Con todo, no deberá considerarse únicamente la diligencia desplegada por el causante potencial, sino también la de otros agentes implicados en la actividad, ya sean terceros o las propias víctimas potenciales de daños. La regla de RO persigue proteger a "personas inocentes que sufren un daño" (*the innocent person who suffers harm*) a resultas de un "riesgo inevitable de daño inherente a la actividad del causante" (*unavoidable risk of harm that is inherent in the defendant´s activity*). Una actividad no debería reputarse como inherentemente e inevitablemente peligrosa si los cuidados razonables que pueden adoptar sus víctimas potenciales sirven habitualmente para reducir o evitar la producción de accidentes. Tampoco debería aplicarse sin más una regla de RO en una clase de víctimas será enteramente inocente si los daños que sufre se deben con frecuencia a su propia omisión en desplegar medidas de precaución razonables. En general, cuando la tasa de accidentes en una constelación de casos se debe a la combinación de decisiones de conducta por parte de causantes y víctimas potenciales, se debilitan los argumentos a favor de una regla de RO, fundados en la prevención o en una visión ética de la regla.

b. Previsibilidad (*forseeability*). En general, el favorecimiento de reglas de RO se incrementa cuando el causante conoce efectivamente los riesgos propios de la actividad en cuestión. Con relación a la mayoría de actividades anormalmente peligrosas, los causantes potenciales conocen de hecho los riesgos inherentes a su conducta (la responsabilidad por riesgos no previsibles es referida en ocasiones como "responsabilidad absoluta").

c. Riesgo altamente significativo (*highly significant risk*): véase apartado 1.

d. Uso común (*common usage*). Una actividad que es normal o habitual no puede reputarse como anormalmente peligrosa. En este sentido, las jurisdicciones del *Common Law* norteamericano recurren a un estándar de "uso no natural" (*non-natural use*). El estándar de "uso no natural" es ambiguo y presenta, al menos, tres significados diferentes. En primer lugar, puede referir a un uso que se aleja del estado

de naturaleza; en segundo lugar, significar un uso que no es común o usual; y, por último, describir un uso que es irrazonable o inapropiado a la luz de las circunstancias en una comunidad.

Una actividad será claramente de uso común si es llevada a cabo por una parte sustancial de la población en una comunidad. Cuando una mayoría significativa de la población desarrolla una determinada actividad, la ausencia de RO puede explicarse por principios de reciprocidad. Sin embargo, otras actividades también pueden ser de uso común aunque sean desarrolladas únicamente por un número limitado de actores (por ejemplo, el suministro de energía eléctrica o de gas llevado a cabo por una o pocas compañías mercantiles en una determinada comunidad). El concepto de uso común puede, por último, incluir además actividades que, aunque no muy frecuentes, resulten familiares en el marco de una comunidad. En estos casos, actitudes básicas del público tienden a la aceptación de riesgos familiares y tradicionales, a pesar de la general aversión frente a riesgos poco habituales o noveles.

Ejemplo: responsabilidad objetiva por daños causados en voladuras de edificios (residuos y escombros proyectados que dañan a propiedades colindantes o a personas que estuvieren en ellas).

5.2.2. Rasgos de las actividades anormalmente peligrosas

Restatement (Second) of Torts (1977)

§ 520 RST. Abnormally Dangerous Activities

In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered:

(a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others;
(b) likelihood that the harm that results from it will be great;
(c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care;
(d) extent to which the activity is not a matter of common usage;
(e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and
(f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes.

Extracto de la ponencia del Juez Richard A. Posner en el caso ***Indiana Harbor Belt Railroad Co. v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (7th Cir. 1990):**

"The roots of section 520 are in nineteenth-century cases. The most famous one is *Rylands v. Fletcher*, 1 Ex. 265, aff'd, L.R. 3 H.L. 300 (1868), but a more illuminating one in the present context is ***Guille v. Swan*, 19 Johns. (N.Y.) 381 (1822).** A man took off in a hot-air balloon and landed, without intending to, in a vegetable garden in New York City. A crowd that had been anxiously watching his involuntary descent trampled the vegetables in their endeavor to rescue him when he landed. The owner of the garden sued the balloonist for the resulting damage, and won. Yet

the balloonist had not been careless. In the then state of ballooning it was impossible to make a pinpoint landing.

Guille is a paradigmatic case for strict liability. (a) The risk (probability) of harm was great, and (b) the harm that would ensue if the risk materialized could be, although luckily was not, great (the balloonist could have crashed into the crowd rather than into the vegetables). The confluence of these two factors established the urgency of seeking to prevent such accidents. (c) Yet such accidents could not be prevented by the exercise of due care; the technology of care in ballooning was insufficiently developed. (d) The activity was not a matter of common usage, so there was no presumption that it was a highly valuable activity despite its unavoidable riskiness. (e) The activity was inappropriate to the place in which it took place--densely populated New York City. The risk of serious harm to others (other than the balloonist himself, that is) could have been reduced by shifting the activity to the sparsely inhabited areas that surrounded the city in those days. (f) Reinforcing (d), the value to the community of the activity of recreational ballooning did not appear to be great enough to offset its unavoidable risks.

These are, of course, the six factors in section 520. They are related to each other in that each is a different facet of a common quest for a proper legal regime to govern accidents that negligence liability cannot adequately control [...]; Shavell, Strict Liability versus Negligence, 9 J. Legal Stud. 1 (1980). By making the actor strictly liable--by denying him in other words an excuse based on his inability to avoid accidents by being more careful--we give him an incentive, missing in a negligence regime, to experiment with methods of preventing accidents that involve not greater exertions of care, assumed to be futile, but instead relocating, changing, or reducing (perhaps to the vanishing point) the activity giving rise to the accident. [...]. The greater the risk of an accident ((a)) and the costs of an accident if one occurs ((b)), the more we want the actor to consider the possibility of making accident-reducing activity changes; the stronger, therefore, is the case for strict liability. Finally, if an activity is extremely common ((d)), like driving an automobile, it is unlikely either that its hazards are perceived as great or that there is no technology of care available to minimize them; so the case for strict liability is weakened.

The largest class of cases in which strict liability has been imposed under the standard codified in the Second Restatement of Torts involves the use of dynamite and other explosives for demolition in residential or urban areas. Restatement, supra, Sec. 519, comment d. Explosives are dangerous even when handled carefully, and we therefore want blasters to choose the location of the activity with care and also to explore the feasibility of using safer substitutes (such as a wrecking ball), as well as to be careful in the blasting itself. Blasting is not a commonplace activity like driving a car, or so superior to substitute methods of demolition that the imposition of liability is unlikely to have any effect except to raise the activity's costs".

5.3. Una visión europea continental de la responsabilidad objetiva o por riesgo (Hern Kötz y Gerhard Wagner. Deliktsrecht, 10. Auflage, Luchterhand, München, 2006 §§ 190 y ss.)

Kötz y Wagner escriben que se habla de responsabilidad por riesgo (Gefährdungshaftung) cuando la responsabilidad del efectivamente responsable depende exclusivamente de que el accidente en cuestión se haya producido por la concreción del riesgo que el responsable controlaba. El fundamento de imputación es la circunstancia de que alguien ha generado un

riesgo de daño específico, en especial, cuando explota, bajo su control y dirección, una instalación técnica. Si el obligado a indemnizar infringió o no un deber de cuidado es indiferente.

La idea maravillosamente expresada por Rudolf V. Ihering (1818-1892) en 1867, de que la responsabilidad se fundamenta en la culpa, no en el daño (*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*) oscila entre el error histórico y el impuesto de sangre, pero fue enormemente influyente: en el Código Civil alemán de 1896 la responsabilidad por culpa era absolutamente predominante (§§ 833 y ss.), mientras que la responsabilidad por riesgo se ceñía a los daños causados por los animales (§ 833 y ss.) e incluso esta se redujo en 1908 a los casos de daños causados por animales de lujo (caballos de raza, no de tiro por ejemplo).

Sin embargo, había precedentes claros de responsabilidad por riesgo que se relacionaban con los daños causados por los ferrocarriles (Ley prusiana de 1838, Ley –ya alemana- de 1871). Con el tiempo la responsabilidad por riesgo se asoció a los daños de la circulación (1908) y, prototípicamente, a los causados al medio ambiente (1943). Después de la Segunda Guerra Mundial, el estándar de la RO se fue ampliando* a los daños generados por la explotación de una empresa o institución tecnológicamente complejas, o los medicamentos y, finalmente, a los defectos de producto que causan daños personales o daños materiales a cosas distintas al mismo producto defectuoso.

En derecho español, la responsabilidad por los daños causados por los animales domésticos es tradicionalmente objetiva (art. 1905 CC, Concepción TRABADO ÁLVAREZ, *La responsabilidad civil artículo 1905 del Código Civil. Daños causados por los animales domésticos*. Septem Ediciones. 2001 Oviedo. En el Common Law la regla tradicional era que los poseedores de animales domésticos respondían si conocían o podían haber conocido la propensión del animal a causar daños (scienter action) y los tenedores de animales no domésticos -salvajes- lo hacían objetivamente. Esta distinción siempre fue difícil de delimitar: véase *Behrens v. Bertrams Mills Circus*, [Ltd. 2 Q.B. 1 (1957)], un caso en el que un elefante domesticado fue asustado por un perro, quedó fuera del control de su domador y causó daños a una niña. Hoy en día, la cuestión ha sido regulada legalmente de formas muy distintas por muchas jurisdicciones.

Capítulo 7
Negligencia unilateral y bilateral en la responsabilidad por culpa y en la responsabilidad objetiva

1. Negligencia bilateral (Bilateral care or joint care) 156
2. Negligencia contributiva (Contributory Negligence) 157
2.1 Material complementario: el origen británico de la regla de la negligencia contributiva como excepción a la responsabilidad del demandado. 158
2.1.1. Butterfield v. Forrester [103 eng. rep. 926 (k.b. 1809)] 158
2.1.2. LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. (232 US. 340, 1914) 158
2.2. STS, 1ª, 3 de junio de 1901. Colección Legislativa, 91 p. 867 160
2.3. La regla de la negligencia contributiva como excepción total a la pretensión del demandante en el derecho español: art. 295 de la LOPJ y STS, 4ª, 6 de julio de 1990 (RJ 6062), MP: Antonio Martín Valverde. Inexistencia de error judicial al presentar un documento en idioma extranjero sin acompañar traducción 161
3. Material complementario: The last clear chance doctrine 163
3.1. Davies v. Mann (152 Eng. Rep. 588) 163
3.2. Restatement (Second) of Torts (1965, updated April 2012) 164
4. Negligencia comparativa o concurrencia de culpas (Comparative Negligence) 165
4.1. STS, 1ª, 967/2002, 21 de octubre, MP: Antonio Gullón Ballesteros. Accidente de tráfico por colisión de una motocicleta con un montón de grava y arena. 165
4.2. STS, 1ª, 645/2014, de 5 de noviembre, MP: José Luis Calvo Cabello. Caída de viajero a la vía del metro por el hueco existente entre los vagones cuando el convoy había iniciado la marcha 166
4.3. STS, 1ª, 328/2017, de 24 de mayo. MP: Antonio Salas Carceller 168
4.4. Antonio Fernández/Víctor M. Sánchez (2003), "Negligencia Multilateral en Accidente de Motocicleta, ¿cuál es el Estándar Óptimo de Responsabilidad?", InDret 3/2003, (www.indret.com), pp. 10-11. 169
5. Negligencia comparativa modificada 169
5.1. Cuantitativamente 169
5.2. Cualitativamente 170
6. ¿Concurrencia de causas o compensación de culpas? 171
7. Accidente bilateral en la responsabilidad por culpa y en la responsabilidad objetiva 171
8. Culpa exclusiva de la víctima 173
9. Negligencia imputada (Imputed Negligence) 174
10. Seguridad pasiva de automóviles (Crashworthiness) 177
10.1. STS, 1ª, 1071/2008, de 7 de noviembre, MP: Clemente Auger Liñán. 178
10.2. SAP Barcelona, Secc. 16ª, 43/2009, de 29 de enero, MP: Agustín Ferrer Barriendos. 178

10.3 Material complementario: doctrinas dominante y minoritaria sobre Crashworthiness en las jurisdicciones norteamericanas: D'amario v. Ford Motor Co. [806 so. 2d 424 (fla. 2001)].....179

1. Negligencia bilateral (*Bilateral care or joint care*)

Tanto en el modelo normativo del análisis doctrinal tradicional de la negligencia (que, en Derecho español, arranca del art. 1902 CC de 1889), como en el paradigma analítico del *Law & Economics* neoclásico (el cual fragua en las *national law schools* norteamericanas en los años ochenta del siglo pasado), se parte siempre de la causación unilateral de daños por la posible negligencia del demandando o demandados. Es un modelo muy sencillo –muy simple- que no tiene en cuenta la posibilidad de que el demandante haya contribuido a causar el daño, o la de que habiéndolo hecho, haya infringido también deberes de precaución exigibles. Es decir, el modelo no considera que la víctima también, haya sido negligente: hay, por así decirlo, una sola dirección causal posible, la que va del demandado al demandante y se sobreentiende que este no pudo hacer nada para evitar el daño que sufrió. Quizás el ejemplo de referencia sea el del paciente anestesiado y tendido en una mesa de operaciones quien es víctima de una negligencia médica: parece claro que nada pudo hacer por evitar el daño.

En la realidad, sin embargo, son poco frecuentes los casos de causación puramente unilateral de daños. Y ello es así no solo en el sentido trivial de que todos contribuimos al daño, aunque solo sea por el hecho de estar donde y cuando sería mejor que no hubiéramos estado cuando sufrimos el accidente. Es que muchas veces, la víctima contribuye causal y negligentemente a empeorar las cosas: en el ejemplo que acabamos de poner, el abogado del médico y del hospital demandados pueden tratar de probar que el paciente, con anterioridad a ponerse en manos del médico, había descuidado las instrucciones que este le había dado sobre la conducta que debía observar antes de la intervención. Es decir, si no siempre, muchas veces cabrá plantear la cuestión de la contribución del demandante a la producción negligente del daño y, caso de que la pregunta admita respuesta, afirmativa, la relativa a las consecuencias de tal contribución.

Así sucedió en el caso finalmente resuelto por la **STS, 1ª, 201/2014, de 24 de abril, MP: Francisco Javier Arroyo Fiesta** en la que se atribuyó al peatón que cruzó con el semáforo en rojo por el paso de peatones en el que le atropellaron el 70% de la responsabilidad por el daño sufrido. La sentencia resume así los hechos:

"En efecto, dos son las cuestiones que convergen en estas actuaciones, la primera, referida al hecho de que la víctima cruzó el paso de peatones en fase roja del semáforo, y la segunda, que el vehículo lo cruzó en fase verde. Teniendo en cuenta las características del cruce, perfectamente descritas en la sentencia recurrida y que aquí se dan por reproducidas, debe concluirse con que nos encontramos ante un cruce regulado por semáforos con las especialidades puestas de relieve en la sentencia de instancia, lo que conlleva en primer lugar, que el mismo se regulaba por las luces de los semáforos, y en segundo lugar y en concurrencia con la anterior, que al disponer solamente de luces de peatones, el vehículo ignoraba en qué fase se encontraba el referido semáforo, de forma que es la confianza en la normalidad en el funcionamiento del sistema semafórico el que le lleva a la creencia de que se encontraba en fase roja para los peatones, como efectivamente ocurrió. Consta también acreditado la velocidad a la que circulaba el vehículo que

por ser ligeramente superior a la permitida -no llegaba a 52 km. hora- carece de relevancia en sí misma para determinar la culpabilidad exclusiva del conductor. Lo mismo ocurre respecto de las características de la calzada, la existencia de numerosos peatones en la zona, en atención a la hora y condición de la vía, el vehículo detenido en el carril derecho, hechos que por el contrario de lo señalado en el recurso, solo pueden tener la transcendencia que la sentencia de instancia les otorga para estimar la concurrencia de culpas, pero en modo alguno para declarar que la culpa sea exclusiva del conductor demandado, pues carecen todos y cada uno de ellos de efectos enervantes respecto de los hechos objetivos de los que partimos, y que no son otros que la peatón cruzó con el semáforo en rojo, que fue la única que lo hizo de todas las personas que esperaban para cruzar y que, por último, corrió cuando vio venir el vehículo. Por lo tanto, todos los hechos probados tenidos en cuenta en la sentencia de instancia, además de estimarlos adecuadamente valorados, no puede llevar a otra conclusión que no sea la determinación de la concurrencia de culpas y en la proporción fijada, desestimándose, por ello, el motivo del recurso". (FD 1º)

Y en la actualidad, es frecuente que la negligencia del demandante, por más que contribuya a la causación del daño –a su cocausación--, no se tome normativamente en consideración si no es suficientemente relevante o --como ocurre, por ejemplo, en el derecho español de los accidentes de trabajo-- si no es crasa, si no constituye negligencia grave. Nuestro sistema normativo asume los errores humanos y no permite a las empresas, organizaciones, o personas que controlan la situación de riesgo, o están situadas en una posición muy asimétrica en relación con la víctima que aleguen la contribución culposa de estas últimas salvo que hubiera sido grave, negligencia crasa. Y, por supuesto, el dolo se tiene siempre en cuenta.

Así, históricamente se ha pasado de un sistema en el cual la contribución culposa del demandante a la causación del accidente generaba una excepción total a favor del demandado a otro en el cual esta solo puede oponerse si es significativa, cuantitativa o cualitativamente, y, en tales casos, únicamente por la parte en la cual se considera que ha contribuido a causar los daños. Por último, si la causación culpable del daño es imputable sólo al demandante su pretensión será desestimada. Los casos que, a continuación, se resumen trazan el arco de esta evolución (en los derechos de daños de los Estados Unidos de América y en 2011, todos los estados menos cuatro y el Distrito de Columbia tenían un sistema u otro de negligencia comparativa, normalmente modificada, que en España se llama compensación de culpas o concurrencia de causas y que es el comúnmente aplicado por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo).

2. Negligencia contributiva *(Contributory Negligence)*

En el Common Law y a principios del siglo XIX se consideró que la víctima que era culpable de su daño perdía por completo el derecho a reclamar, con independencia de la relevancia causal de su propio comportamiento. La regla, elaborada en tribunales del *Common Law*, es conocida como *contributory negligence* y fue, en su formulación histórica una manifestación del principio *clean hands*, vigente en aquellas jurisdicciones y en cuya virtud el demandante solo podía reclamar una indemnización si nada había tenido que ver en los sucesos que causaron el daño. Es habitual identificar un caso inglés del año 1809, **Butterfield v. Forrester**, como el caso fundacional de la doctrina.

2.1 Material complementario: el origen británico de la regla de la negligencia contributiva como excepción a la responsabilidad del demandado.

2.1.1. *Butterfield v. Forrester* [103 eng. rep. 926 (k.b. 1809)]

This was an action on the case for obstructing a highway, by means of which obstruction the plaintiff [Butterfield], who was riding along the road, was thrown down with his horse, and injured, etc. At the trial before Bailey, J. at Derby, it appeared that the defendant [Forrester], for the purpose of making some repairs to his house, which was close by the roadside at one end of the town, had put up a pole across part of the road, a free passage being left by another branch or tree in the same direction. That the plaintiff left a public house not far distant from the place in question at 8 o'clock in the evening in August, when they were just beginning to light candles, but while there still was light enough to discern the obstruction at one hundred yards distance; and the witness who proved this, said that if the plaintiff had not been riding very hard he might have observed and avoided it; the plaintiff, however, who was riding violently, did not observe it, but rode against it, and fell with his horse and was much hurt in consequence of the accident; and there was no evidence of his being intoxicated at the time. On this evidence, Bailey, J., directed the jury, that if a person riding with reasonable and ordinary care could have seen and avoided the obstruction; and if they were satisfied that the plaintiff was riding along the street extremely hard, and without ordinary care, they should find a verdict for the defendant, which they accordingly did.

Lord Ellenbrough, C.J. A party is not to cast himself upon an obstruction, which had been made by the fault of another, and avail himself of it, if he does not himself use common and ordinary caution to be in the right. In case of persons riding upon what is considered to be the wrong side of the road that would not authorize another purposely to ride up against them. One person being in fault will not dispense with another's using ordinary care for himself. Two things must occur to support this action: an obstruction in the road by the fault of the defendant, and no want of ordinary care to avoid it on the part of the plaintiff.

En las jurisdicciones de los Estados Unidos de América, el caso que importó la doctrina a aquél país fue LeRoy Fibre Co. V. Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway:

2.1.2. *LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry.* (232 US. 340, 1914)

As part of its business of making flax, plaintiff [appellant] stored about 700 tons of straw units own land. The stacks were lined in two rows. The defendant's right of way ran about 70 feet from the first row and 85 feet from the second. One day a high wind carried sparks from a passing train to one of the stacks of flax located I the row further from the tracks. That fire eventually consumed all the flax. Appellant brought an action against respondent to recover the value of flax straw that was destroyed due to the alleged negligence of the respondent. Respondent alleged that Appellant was guilty of contributory negligence in placing the inflammable stacks of flax straw too near to the railroad track, though the straw was still on Appellant's land.

MCKENNA, J. The questions certified present two facts : (1) The negligence of the railroad was the immediate cause of the destruction of the property, (2) The property was placed by its owner near the right of way of the railroad, but on the owner's own land.

The query is (...) whether one is limited in the use of one's property by its proximity to a railroad; or, to limit the proposition to the case under review, whether one is subject in its use to the careless as well as to the careful operation of the road. (...)

That one's uses of his property may be subject to the servitude of the wrongful use by another of his property seems an anomaly. It upsets the presumptions of law and takes from him the assumption and the freedom which comes from the assumption, that the other will obey the law, not violate it. It casts upon him the duty of not only using his own property so as not to injure another, but so to use his own property that it may not be injured by the wrongs of another. How far can this subjection be carried? Or, confining the question to railroads, what limits shall be put upon their immunity from the result of their wrongful operation? In the case at bar, the property destroyed is described as inflammable, but there are degrees of that quality; and how wrongful must be the operation? In this case, large quantities of sparks and "live cinders" were emitted from the passing engine. Houses may be said to be inflammable, and may be, as they have been, set on fire by sparks and cinders from defective or carelessly handled locomotives. Are they to be subject as well as stacks of flax straw, to such lawless operation? And is the use of farms also, the cultivation of which the building of the railroad has preceded? Or is that a use which the railroad must have anticipated and to which it hence owes a duty, which it does not owe to other uses? And why? The question is especially pertinent and immediately shows that the rights of one man in the use of his property cannot be limited by the wrongs of another. The doctrine of contributory negligence is entirely out of place. Depart from the simple requirement of the law, that everyone must use his property so as not to injure others, and you pass to refinements and confusing considerations. There is no embarrassment in the principle even to the operation of a railroad. Such operation is a legitimate use of property; other property in its vicinity may suffer inconveniences and be subject to risks by it, but a risk from wrongful operation is not one of them.

MR. JUSTICE HOLMES, partially concurring. If a man stacked his flax so near to a railroad that it obviously was likely to be set fire to by a well-managed train, I should say that he could not throw the loss upon the road by the oscillating result of an inquiry by the jury whether the road had used due care. I should say that although of course he had a right to put his flax where he liked upon his own land, the liability of the railroad for a fire was absolutely conditioned upon the stacks being at a reasonably safe distance from the train. If I am right so far, a very important element in determining the right to recover is whether the plaintiff's flax was so near to the track as to be in danger from even a prudently managed engine. Here certainly, except in a clear case, we should call in the jury. I do not suppose that anyone would call it prudent to stack flax within five feet of the engines or imprudent to do it at a distance of half a mile, and it would not be absurd if the law ultimately should formulate an exact measure, as it has tended to in other instances; ... but at present I take it that if the question I suggest be material we should let the jury decide whether seventy feet was too near by the criterion that I have proposed (...) I do not think we need trouble ourselves with the thought that my view depends upon differences of degree. The whole law does so as soon as it is civilized. See Nash v. United States (. . .) Negligence is all degree -- that of the defendant here degree of the nicest sort; and between the variations according to distance that I suppose to exist and the simple universality of the rules in the Twelve Tables or the Leges Barbarorum, there lies the culture of two thousand years.

I am authorized to say that THE CHIEF JUSTICE concurs in the opinion that I express.

El *pendant* español del caso americano ***LeRoy Fibre Co. v. Chicago*** es la STS, 1ª, de 3 de junio de 1901.

2.2. STS, 1ª, 3 de junio de 1901. Colección Legislativa, 91 p. 867

La estación de Málaga destinaba un espacio a almiares de paja, situado junto a uno de los andenes. Una locomotora que se encontraba en ese andén inició la marcha, pero se vio obligada a dar contravapor. Puesto que mientras había estado parada un empleado había alimentado sus calderas para avivar el fuego, de su chimenea comenzaron a saltar chispas que provocaron el incendio del almiar y de unas mercancías almacenadas cerca, propiedad del actor. Éste demandó a la Compañía de ferrocarril. Tanto el JPI de Málaga como la AP de Granada desestimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso:

"La sentencia recurrida, en virtud de los hechos que consigna con relación a las pruebas del pleito, declara que no han incurrido en culpa o negligencia los dependientes de la Compañía de, a la cual no afecta en este caso responsabilidad directa, ni indirecta, porque ninguna obligación había contraído y porque los almiares de paja, sin convenio o pacto que limitase el derecho de la empresa a utilizar la vía llamada del Peso, se colocaron en la inmediación de la misma por los dueños de aquella mercancía a sabiendas del uso constante que se podía hacer de la vía, por cuya razón no hay vínculo jurídico ni precepto legal que ampare la indemnización que pide el recurrente" (FD 2º).

— Pablo SALVADOR/Carlos GÓMEZ, "El Derecho de Daños y la Minimización de los Costes de los Accidentes", *InDret* 1/2005 (www.indret.com), pp. 15-16:

"[…E]n la mayor parte de los casos, las víctimas potenciales *también* pueden influir en la frecuencia y gravedad de los accidentes: los conductores de automóviles, por ej., pueden conducir prudentemente y los peatones pueden caminar también con mayor o menor precaución. En tales casos, se habla de precaución o causación bilateral de daños (*bilateral care, joint care*) y el concepto de precaución óptima se complica un poco, pues depende del cuidado adoptado por ambas partes.

Supongamos, en un ejemplo tomado, con algunas modificaciones, de Richard A. POSNER (*Economic Analysis of Law,* 6ª ed., Aspen Law & Business, New York, 2003, p. 172), a su vez inspirado en un caso *(LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co., 232 U.S. 340 (1914))* real de principios del siglo XX, un granjero es propietario de una plantación de algodón que es atravesada por una vía de ferrocarril. El paso de las locomotoras de vapor provoca ocasionalmente chispas, con el consiguiente riesgo de incendio de los campos. Ambas partes pueden adoptar tres niveles distintos de precaución: ninguna, media o alta. Así, el granjero puede plantar algodón junto a las vías del ferrocarril, hacerlo a 75 m. de distancia o alejarlo hasta 200 m. de las vías. Por su parte, la compañía propietaria del ferrocarril puede instalar en las chimeneas de sus locomotoras un artilugio apaga chispas de calidad media o alta, pero también puede resolver no instalar ninguno.

En la **tabla 2**, sus tres columnas recogen los distintos niveles de precaución que pueden adoptar las partes, así como sus costes respectivos. Los beneficios esperados en ahorro de daños son los mismos en los tres primeros casos e importan 150 € (en la cuarta columna, donde ni granjero ni ferrocarril adoptan ningún género de precaución, los daños suben a 300 €). La combinación óptima es aquella en la cual el granjero aleja su plantación a 75 m. de las vías y el ferrocarril instala en sus máquinas un mecanismo de calidad media. De este modo se previene un accidente cuyo daño esperado es de 150 €, con un coste de precaución de 75 €.

	Alta/0 m.	**Media/ 75 m.**	---/200 m.	---/0 m.
Coste precaución ferrocarril (F)	100	**50**	0	0
Coste precaución granjero (G)	0	**25**	110	0
Coste total precauciones (G+F)	100	**75**	110	0
Coste del daño (D)	150	**150**	150	300

Tabla 2.

2.3. La regla de la negligencia contributiva como excepción total a la pretensión del demandante en el derecho español: art. 295 de la LOPJ y STS, 4ª, 6 de julio de 1990 (RJ 6062), MP: Antonio Martín Valverde. Inexistencia de error judicial al presentar un documento en idioma extranjero sin acompañar traducción

"La demanda sobre la que debemos pronunciarnos llega a la conclusión de que se ha producido error judicial indemnizable con arreglo a los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ en la sentencia del Tribunal Central de Trabajo (TCT) de 2 de octubre de 1987 (RTCT 1987\20512), que denegó el reintegro de gastos médicos por asistencia urgente y de carácter vital, al margen de la Seguridad Social española. A la petición de declaración de error judicial se llega en la demanda mediante la argumentación siguiente: 1) La sentencia adolece de «error en la construcción de la resolución» al aceptar en sus antecedentes los hechos probados de la sentencia de instancia, corrigiéndolos luego en la fundamentación jurídica en el punto relativo a la fecha de la operación quirúrgica que originó el litigio del que procede esta demanda; 2) La referida sentencia del Tribunal Central de Trabajo incurre en «error craso» en la apreciación de la fecha de tal intervención quirúrgica (7-3-81) según la convicción del Tribunal -cuando en realidad el día de la operación fue el 3-7-81; 3) Este error -continúa el argumento de la parte demandante- se ha debido a ignorancia de la «secuencia normal para indicar las fechas en la documentación mercantil norteamericana», que sigue el orden mes-día-año en lugar del orden día-mes-año convencionalmente establecido en España y en otros muchos países; y 4) La equivocación del juzgador en la interpretación de los guarismos que figuran en las facturas e informes de la clínica en que se practicó la operación reúne -de nuevo según la demanda de la declaración de error judicial- los requisitos exigidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial para

la indemnización a que se refiere el artículo 121 de la Constitución Española, al tratarse de un «error craso» «inexplicable» «evidente» y trascendente para la resolución.

En apoyo de esta argumentación se acompaña a la demanda entre otros elementos de convicción, un informe del Consejero Comercial de la Embajada de los Estados Unidos de América, con fecha 12 de noviembre de 1989, en el que se indica que los escritos procedentes de dicho país en los que figuran fechas cifradas, deben ser interpretados atribuyendo la primera cifra al mes, la segunda al día y la tercera al año" (FD 1º).

"Ciertamente, el argumento de más peso de la demanda es el que se refiere al modo de ser leídas las fechas de los documentos acreditativos de la intervención quirúrgica de la demandante. La afirmación de la parte demandante de que la sentencia impugnada incurrió en error en este punto es convincente, y así lo debemos reconocer de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal. Ahora bien, la equivocación imputada no cumple los requisitos del error indemnizable que se deducen de los artículos 292 y 295 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tales requisitos son, entre otros, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, el carácter ostensible o patente del error -T. S. 1.ª, 16-6-88 (RJ 1988\4934); T. S. 4.ª 11-10-89 (RJ 1989\7159); T. S. 1.ª 13-4-88 (RJ 1988\3143)-; su influencia determinante (condición sine qua non) en el fallo -T. S., soc. 24-11-86 (RJ 1986\6716)-, y que no haya sido provocado o producido por la conducta dolosa o culposa de la parte perjudicada (T. S. 2.ª, 24-11-86).

En el presente supuesto es claro que el comportamiento procesal de la parte, que no cumplió con el requisito establecido en el artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, de 1881) de acompañar una traducción de los documentos presentados en lengua extranjera, ha contribuido decisivamente a la equivocación del juzgador, sin que la mera advertencia contenida en el escrito de impugnación del recurso de suplicación fuera bastante para compensar el malentendido provocado por tal carencia.

El error padecido por el Tribunal Central de Trabajo (en el que no hubiera incurrido seguramente de haberse acompañado las traducciones preceptivas, o incluso de haberse aportado en un momento anterior el informe de la Embajada USA que se adjunta como documento nº 4 a la demanda de error judicial) no puede decirse tampoco que sea un error ostensible o patente. En verdad, hoy por hoy, no cabe estimar hecho notorio en España el orden de lectura en las representaciones numéricas de las fechas que se practican en los Estados Unidos de América.

De acuerdo con todo lo anterior no puede accederse a la petición indemnizatoria que se deduce de la demanda" (FD 3º).

El art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la responsabilidad patrimonial (civil) del Estado por los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justícia.

El art. 293 LOPJ establece los requisitos de la acción por error judicial; en particular, el siguiente art. 294 hace lo mismo para los casos de prisión preventiva cuando el afectado haya sido absuelto por inexistencia del hecho imputado o se haya dictado auto de sobreseimiento libre por la misma causa.

El art. 295 LOPJ dice literalmente: "En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado."

Finalmente, el art. 296 LOPJ establece la responsabilidad subsidiaria de los Jueces y Magistrados por los daños causados por ellos en el ejercicio de sus funciones en los casos de "dolo" o "culpa grave".

3. Material complementario: *The last clear chance doctrine*

La aplicación de la *contributory negligence* podía dar lugar a resultados injustos, pues trata de igual forma a todas las víctimas de accidentes bilaterales, con independencia del grado de culpa que tuvieran en el desastre. Una primera fórmula para aliviar el rigor de la negligencia contributiva fue la de exigir que la víctima hubiera tenido la última oportunidad de evitar el accidente. Solo en ese caso, debía perder el derecho al cobro de la indemnización que compensa sus daños.

3.1. *Davies v. Mann* (152 Eng. Rep. 588)

At the trial, before Erskine, J., it appeared that the plaintiff, having fettered the fore-feet of an ass belonging to him, turned it into a public highway, and at the same time in question the ass was grazing on the off side of a road about eight yards wide, when the defendant's wagon, with a team of three horses, coming down a slight descent, at what the witness termed a smartish pace, ran against the ass, knocked it down, and the wheels passing over it, it died soon after. … The learned judge told the jury, that … if they thought that the accident might have been avoided by the exercise of ordinary care on the part of the driver, to find for the plaintiff. The jury found their verdict for the plaintiff (…)

[The defendant's attorney] moved for a new trial, on the ground of misdirection. The act of the plaintiff in turning the donkey into the public highway was an illegal one, and, as the injury arose principally from that act, the plaintiff is not entitled to compensation for that injury which, but for his own unlawful act would never have occurred. (…) The principle focus of law (...) is, that where an accident is the result of faults on both sides, neither party can maintain an action. Thus, in Butterfield v. Forrester, 11 East 60, it was held that one who is injured by an obstruction on a highway, against which he fell, cannot maintain an action, if it appear that he was riding with great violence and want of ordinary care, without which he might have seen and avoided the obstruction (…)

Lord Abinger, C.B. (…) [A]s the defendant might, by proper care, have avoided injuring the animal, and did not, he is liable for the consequence of his negligence, though the animal may have been improperly there.
Parke, B. (…) [T]he negligence which is to preclude a plaintiff from recovering in an action of this nature, must be such as that he could, by ordinary care, have avoided the consequences of the defendant's negligence. (…) [A]lthough the ass may have been wrongly there, still the defendant was bound to go along the road at such a pace as would be likely to prevent mischief. Were this

not so, a man might justify the driving over goods left on a public highway, or even over a man lying asleep there, or the purposely running against a carriage going on the wrong side of the road.

De este modo, la doctrina de la "última oportunidad" (*last clear chance doctrine*) se elaboró como una corrección al rigor de la negligencia contributiva (*Contributory negligence*). Una alternativa para las víctimas cuya contribución al daño no había sido la única causa del desastre. La influencia que tuvo el remedio, que se corresponde con un sentido muy elemental de la justicia, motivó que el *American Law Institute* la incluyera en el *restatement* y que propusiera, así, su adopción general.

3.2. *Restatement (Second) of Torts* (1965, updated April 2012)

§479. Last Clear Chance: Helpless Plaintiff.

A plaintiff who has negligently subjected himself to a risk of harm from the defendant's subsequent negligence may recover for harm caused thereby if, immediately preceding the harm,

(a) the plaintiff is unable to avoid it by the exercise of reasonable vigilance and care, and

(b) the defendant is negligent in failing to utilize with reasonable care and competence his then existing opportunity to avoid the harm, when he

(i) knows of the plaintiff's situation and realizes or has reason to realize the peril involved in it or

(ii) would discover the situation and thus have reason to realize the peril, if he were to exercise the vigilance which it is then his duty to the plaintiff to exercise.

§ 480. Last Clear Chance: Inattentive Plaintiff

A plaintiff who, by the exercise of reasonable vigilance, could discover the danger created by the defendant's negligence in time to avoid the harm to him, can recover if, but only if, the defendant

(a) knows of the plaintiff's situation, and

(b) realizes or has reason to realize that the plaintiff is inattentive and therefore unlikely to discover his peril in time to avoid the harm, and
(c) thereafter is negligent in failing to utilize with reasonable care and competence his then existing opportunity to avoid the harm.

4. Negligencia comparativa o concurrencia de culpas *(Comparative Negligence)*

La doctrina de la "última oportunidad" no resuelve, sin embargo, todos los casos. Su aplicación es difícil cuando no es posible identificar quién -el agente o la víctima- tuvo la última oportunidad clara de evitar el accidente. Tampoco en aquellos casos en que el desastre es consecuencia de contribuciones culposas similares o equivalentes entre agente y víctima del daño. Así, por ejemplo, en una colisión entre dos vehículos puede resultar imposible o muy difícil identificar quién de sus conductores fue el último que pudo evitar el accidente. La solución a tales problemas vino de la regla que se ha generalizado finalmente. Se trata de comparar la responsabilidad de agente y víctima y de distribuir la responsabilidad en función de los porcentajes de responsabilidad. De la negligencia contributiva, que exoneraba al agente si la víctima pudo evitar el daño y de la doctrina de la "última oportunidad", que solo exoneraba a la víctima que no pudo evitar el daño, se pasa a una nueva regla, la *comparative negligence* en la que la responsabilidad se distribuye entre los participantes en el accidente en función de su contribución. La doctrina ha sido adoptada por todas las jurisdicciones, entre ellas, la nuestra en la que se conoce como "concurrencia de culpas", "concurrencia de causas" o "compensación de culpas".

4.1. STS, 1ª, 967/2002, 21 de octubre, MP: Antonio Gullón Ballesteros. Accidente de tráfico por colisión de una motocicleta con un montón de grava y arena.

Manuel R.C., propietario de una casa en Ginés, Sevilla, situada junto a la carretera a Valencia, estaba realizando obras en su domicilio y había contratado el transporte de grava y arena con "Polvero Manuel Ruiz García, S.A.". El 25.5.1992, sobre las 19:00 h., José G.S., conductor al servicio de la entidad mencionada, descargó un montón de grava y arena de tal forma que ocupaba, sin señalización alguna, 1,25 m de calzada sobre una anchura total de 12,8 m. Cuatro horas después, hacia las 23:00 h., Alberto José L.R., que conducía sin casco una motocicleta a una velocidad superior a la permitida, colisionó con el montón de grava y arena. Como consecuencia del impacto, la motocicleta salió despedida a varios metros y Alberto José L.R. cayó al suelo, lo cual le ocasionó lesiones de gravedad, cuyas secuelas fueron declaradas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como invalidez permanente en grado de incapacidad permanente.

La víctima demandó a Manuel R.C., a "Polvero Manuel Ruiz García, SA", sociedad encargada del abastecimiento, a José G.S., conductor contratado de la misma, y al Ayuntamiento de Ginés y solicitó una indemnización de 362.879,69 € por los daños sufridos.

El JPI nº 18 de Sevilla (27.2.1996) desestimó la demanda y absolvió a todos los demandados por falta de reclamación previa en vía administrativa. El actor interpuso recurso de apelación contra la SJPI, que la SAP Sevilla (Sec. 6ª, 25.11.1996) estimó parcialmente: absolvió a los demandados "Polvero Manuel Ruiz García, S.A." y a José G.S. y condenó solidariamente al Ayuntamiento de Gines y a Manuel R.C. al pago de una indemnización de 108.863,9 € por los daños sufridos, con fundamento en el art. 1902 CC. Esta cantidad se corresponde con una rebaja del 70% de lo solicitado en la demanda, ponderando el tribunal la concurrencia de culpa del actor. El Ayuntamiento codemandado y el actor, Alberto José L.R., interpusieron sendos recursos de casación contra la SAP.

El TS estimó parcialmente el primero de los recursos y desestimó el segundo. En su sentencia el TS casó el *quantum* indemnizatorio y redujo la indemnización a un 10% de las pretensiones iniciales, es decir, a una cuantía de 38.333,15 €, resultado de ponderar de nuevo la culpa de la víctima en un 90%. Los hechos esenciales que toma el TS a la hora de apreciar la culpa de la víctima en un 90% son (FD B. 2º):

- El montón de grava y arena ocupaba 1,25 m de una calzada de 12,8 m, o lo que es lo mismo, sólo obstaculizaba el 10% del paso.

- El momento de la colisión no circulaba ningún otro vehículo en ninguno de los dos sentidos.

- Había diversas señales que limitaban la velocidad a 30 km/h y que avisaban del peligro de paso de peatones, a las cuales el actor hizo caso omiso circulando a una velocidad superior a la permitida, hecho que viene corroborado porque la motocicleta salió despedida a 29 metros del lugar del accidente.

- El actor no llevaba puesto el casco de seguridad.

Sin embargo, el TS no exoneró al Ayuntamiento de Gines, pues consideró que éste también había incurrido en negligencia por omisión de su deber de cuidado y mantenimiento de las condiciones de seguridad en las carreteras locales por medio de la policía local (art. 10.2 DL 339/1990 y art. 4 de su Reglamento de 7 de enero de 1992). El TS apreció que el tiempo durante el cual el montón de grava y arena estuvo en la carretera había sido más que suficiente para que, en una localidad pequeña, la policía local se percatase del peligro. Por ello establece su culpa en un 10%.

4.2. STS, 1ª, 645/2014, de 5 de noviembre, MP: José Luis Calvo Cabello. Caída de viajero a la vía del metro por el hueco existente entre los vagones cuando el convoy había iniciado la marcha.

El 17.5.2006 Félix se bajó del metro de Madrid en la estación de Ópera y se percató que se había equivocado de estación, por lo que intentó volver a subir de inmediato. Sin embargo, como instantes antes el metro se había puesto en marcha, Félix cayó a la vía por el hueco existente entre los vagones y fue arrollado por el convoy. Como consecuencia del accidente, perdió las dos piernas. Quedó descartado que el pasajero tuviera la intención de suicidarse o de viajar entre los dos vagones.

Félix demanda a "Metro de Madrid S.A." y solicita una indemnización (no consta cuantía).

El JPI núm. 63 Madrid (30.6.2010) estima en parte la demanda y condena al pago de 732.623,46€, al considerar que la grabación de las cámaras del andén, por no ser continua, pasó del cierre de las puertas del tren a la imagen del cuerpo caído en las vías.

La AP Madrid (Sección 12ª, 15.3.2012) estima en parte el recurso de apelación de Metro de Madrid S.A. y reduce la indemnización a 293.049,38€. Establece que la grabación es continua y recoge la entrada de Félix en el hueco entre los vagones:

> "Metro debe tomar medidas especiales ante las situaciones de riesgo que este medio de locomoción genera (…) Por una parte es notorio la existencia de barreras o mamparas de seguridad, que evitan situaciones como la presente de tal modo que al cerrarse simultáneamente con las puertas del tren, impiden todo acercamiento al vehículo. Dichos medidas de seguridad existentes en los metros de otras ciudades europeas (…) No pueden ser calificadas estas medidas de seguridad como sofisticadas, cuando otros países las adoptan siendo razonablemente exigibles conforme al estado de la técnica en aquel momento (…) El paso al vacío de D. Félix no encontró tope alguno y sí un peligrosísimo hueco, que hizo que su errónea y despistada acción tuviera unas consecuencias gravísimas (…) por lo que se calcula dicha incidencia de la conducta de D. Félix en el resultado lesivo, en un 60%" (FD 3º)

El TS desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de Metro de Madrid S.A. y también el recurso de casación de Félix:

> "1. El metro es un medio de transporte que genera el riesgo de la estrechez de algunos andenes, en concreto el de la estación de Ópera, donde ocurrieron los hechos, y la masiva afluencia de viajeros en determinadas horas. Los motivos de la caída son diversos: la propia confusión o precipitación de las personas, la no percepción del riesgo por parte de los muy jóvenes, la discapacitación de algunos viajeros, un empujón causal o intencionado.
> 2. Cuando un tren se detiene en una estación, el riesgo de caída a las vías continua existiendo si, como sucedió en el caso, los vagones en vez de estar unidos entre sí de forma que no haya separación entre ellos, están unidos por un sistema que deja un hueco por el que es posible caer a las vías.
> 3. Ese riesgo alto de caída a las vías pone en peligro la indemnidad de las personas, incluso sus vidas. Con acierto señala la Audiencia Provincial las causas: la velocidad de los trenes, la lentitud del frenado y la circulación sobre raíles de forma que no es posible evitar el cuerpo caído.
> 4. El riesgo y sus consecuencias son previsibles (…) Para la empresa recurrente es previsible la caída a causa de cualquiera de los motivos antes enunciados. E igualmente son previsibles con facilidad las consecuencias graves.
> 5. Este elevado riesgo del sistema de transporte exige a los viajeros actuar con la máxima prudencia, y a la empresa transportista adoptar las medidas de seguridad generales y específicas adecuadas para evitarlo (…)
> 6. En la estación de Ópera y en relación con el tren del que se apeó don Felix , no existía ninguna medida de seguridad destinada a evitar que un viajero, por cualquiera de los motivos arriba expuestos, pudiera caer a las vías a través del hueco existente entre dos vagones (FD. 8º).
> Bajo ningún concepto puede negarse que la acción del recurrente contribuyera en elevado grado a la causación del resultado. Tres son las causas que podrían explicarla: propósito de suicidarse, propósito de viajar entre los dos vagones y confusión. Descartadas las dos primeras de forma expresa por la Audiencia, la tercera,

caracterizada por la confusión en la percepción de la puerta del vagón-hueco entre vagones, es atribuible únicamente al recurrente (FD. 9º)".

Confróntese la **STS, 1ª, 627/2017, de 21 de noviembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**: en el caso, el actor se aproximó al convoy cuando este todavía estaba en movimiento, pero fue empujado por personas que estaban junto a él, lo que provocó que se precipitara contra el convoy todavía en marcha, que fuera arrastrado durante unos metros y fuera succionado por la incercia sobre las vías, donde quedó tendido tras detenerse el tren. El JPI desestimó la demanda. La AP confirmó la sentencia: "No es apreciable antijuridicidad de la conducta (de la empresa prestadora del servicio) con base en la ausencia de colocación de (…) mamparas con puertas de apertura coincidentes con los vagones, no exigidas normativamente, que no es posible generalizar y se desconoce la eficacia que puedan tener "cuando el simple respeto a la medida de seguridad existente, consistente en la delimitación por línea amarilla antideslizante (…) hubiera bastado para evitar el accidente". En el mismo sentido, se pronunció el TS: "La falta de mamparas no conlleva un mayor esfuerzo de previsión cuando su vinculación con el daño acaecido se hace de una forma meramente especulativa e indiscriminada para todas las estaciones de metro".

4.3. STS, 1ª, 328/2017, de 24 de mayo. MP: Antonio Salas Carceller

Los demandantes solicitaron a la Administración una serie de ayudas públicas destinadas a propietarios para el fomento del alquiler. En el curso del expediente administrativo iniciado por esta solicitud, la Administración notificó, por error, al demandado en lugar de a los recurrentes, un escrito en el que se requería la subsanación de defectos de la solicitud que debería haber sido dirigido a los recurrentes. El demandado se hizo cargo de la notificación, sin dirigirla a los recurrentes. La Administración archivó el expediente por falta de subsanación de los defectos de la solicitud.

Los recurrentes reclamaron al demandado una indemnización de 6.000 euros por la ayuda no percibida y 2.400 euros por daños morales.

El JPI nº 5 de Roquetas de Mar (14.5.2012) estimó en parte la demanda, apreció que el demandado había actuado de modo negligente al recoger una notificación que no le correspondía e hizo recaer sobre el mismo un 20% de la indemnización. Según el JPI el error de la propia Administración había contribuido en un 80% a la causación de los daños.

La AP de Almería (10.12.2014) estimó en parte el recurso de los demandantes y modifica los porcentajes: los actores contribuyeron en un 20% al propio daño sufrido al no instar la nulidad de las notificaciones y el demandado lo hizo en un 80%. La AP considerada probado sólo el lucro cesante, porque la prueba practicada indica que los demandantes cumplían los requisitos previstos por las órdenes reguladoras de las ayudas, y condena al demandado al pago de 4.800 euros más los intereses legales desde la presentación de la demanda.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por los demandados, pues "[su] culpabilidad ha sido apreciada correctamente en la instancia pues (…) fue él [el demandado y recurrente] quien recibió las notificaciones que finalmente no llegaron a sus destinatarios quedando así como responsable frente a los mismos" (Fundamento de Derecho 2º).

4.4. Antonio FERNÁNDEZ/Víctor M. SÁNCHEZ (2003), "Negligencia Multilateral en Accidente de Motocicleta, ¿cuál es el Estándar Óptimo de Responsabilidad?", *InDret* 3/2003, (www.indret.com), pp. 10-11.

"Un mínimo de negligencia es inevitable, ya sea porque la tecnología avanza y el comportamiento antes diligente pasa a ser negligente, porque el agente no es capaz de ajustar su nivel de diligencia al estándar establecido según una persona media o porque el oportunista se aprovecha de su situación.

Además, los jueces tienen serios problemas de información a la hora de precisar los vagos estándares establecidos por la ley. El error judicial se hace patente tanto en la determinación del estándar como en la subsunción de la conducta de cada parte a éste.

Tampoco es del todo cierto que las interacciones sean reiteradas y que los agentes tomen sus decisiones simultáneamente.

Pongamos un ejemplo: en el ámbito de la ***contributory negligence***, si asumimos que la interacción no es repetida (*one shot game*) y que la víctima ha iniciado el curso causal culposamente, entonces, al no tratarse de acciones simultáneas, el demandado no tendrá incentivos a evitar el accidente. De ahí la introducción de la cláusula *"last clear chance".* Del mismo modo, con ésta tenemos el problema que la víctima que inicia la acción se puede comportar negligentemente esperando a que el demandado tenga la última oportunidad de evitarla.

Ante todos estos problemas debemos afirmar que los niveles de precaución de cada parte dependen, efectivamente, de la regla que adoptemos. Así, el demandado, bajo una regla de *contributory negligence*, toma niveles más bajos de precaución [Y(CnN)], ya que se verá exonerado de responsabilidad siempre que la víctima haya sido negligente. En el ámbito de la *comparative negligence* su grado de negligencia se verá compensado con el de la víctima, por esto tomará un nivel medio de precaución [Y(CmN)]. Y, finalmente, con *simple negligence*, el juez sólo tendrá en cuenta su grado de negligencia, por lo que será más precavido que en los anteriores casos [Y(SN)]. Los niveles de precaución del demandado bajo las distintas reglas quedan ordenados de la siguiente manera:

$$Y(CnN) < Y(CmN) < Y(SN)$$

Por contra, la víctima tiene incentivos a comportarse más diligentemente cuando el demandado tiene menos incentivos, debido a que la víctima deberá soportar los costes de los daños no compensados. De esta forma los niveles de precaución de la víctima son:

$$X(SN) < X(CmN) < X(CnN)$$"

5. Negligencia comparativa modificada

5.1. Cuantitativamente

- **STS, 1ª, 772/2008, de 21 de julio, MP: Antonio Gullón Ballesteros.**

La madrugada del 24.2.1996, María Pilar se encontraba en la discoteca "Charlot" de Valladolid cuando el personal estaba realizando las labores de limpieza antes del cierre del local. El camarero Aurelio dejó encima de la barra un envase original de agua mineral, con la etiqueta y tapón correspondientes, que había rellenado con sosa cáustica (hidróxido de sodio (NaOH)), y salió del local para tirar la basura. María Pilar bebió del envase y sufrió graves lesiones esofágicas, que precisaron 19 intervenciones quirúrgicas, 1.103 días de incapacidad, gastos por un importe de 6.304,82 €, y de las que derivaron secuelas graves.

María Pilar demandó a Aurelio, a José Luis, propietario de la discoteca, y a su aseguradora, "Seguros A.G.F", y solicitó una indemnización de 6.304,82 € por gastos, 53.033,31 € por incapacidad, 300.506,05 € por secuelas físicas, y 90.151,82 € por secuelas psíquicas, con el límite de 150.253,03 € para la aseguradora.

El JPI núm. 2 de Valladolid (9.11.2000) estimó en parte la demanda y condenó a los demandados al pago de 90.151,82 €. La AP de Valladolid (Sección 1ª, 15.3.2001) estimó en parte el recurso de la actora en el sentido de aumentar la indemnización a 209.591,14 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados. El daño fue consecuencia directa y prácticamente exclusiva de la acción de Aurelio. "La mayor entidad de la principal negligencia del demandando Aurelio, absorbe o neutraliza prácticamente, cualquier negligencia levísima que quepa apreciar de la demandante" (FJ 1º).

5.2. Cualitativamente

- **Art. 21.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**

"Artículo 21. Riesgo grave e inminente.
(…)
4. Los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, **a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave**".

- **Art. 156 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.**

"Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo.
(…)
4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo:

(…)

b. Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado".

– Sostienen la imprudencia temeraria del trabajador la STS, 4ª, 22.1.2008 (RJ 2076) -accidente de circulación de trabajador que circulaba en bicicleta en dirección prohibida y colisionó con un vehículo que circulaba correctamente-; y las SSTSJ, Sala de lo Social, País Vasco, Bilbao, 9.2.2010 –la víctima, quien realizaba trabajos en una obra a 8 metros de altura, que no le correspondía realizar, con 2,63 g/l de alcohol en sangre y 0,05 ug/ml de cocaína en sangre, y sin arnés, sufrió un desvanecimiento, cayó al vacío y murió como consecuencia de un traumatismo craneoencefálico; Castilla y León, Valladolid, 1274/2010, 21.9.2010 -accidente de circulación de trabajador por circular con una tasa de alcohol superior en más del doble a la permitida-; Andalucía, Granada, 187/2007, 24.1.2007 -accidente *in itinere* de trabajador que decidió salir de su vivienda por el balcón al encontrarse bloqueada la puerta de entrada; y Andalucía, Málaga, 706/2006, 2.3.2006 -accidente de circulación de trabajador que conducía una motocicleta a velocidad excesiva, haciendo equilibrios en una sola rueda, llevando el casco desabrochado, sin seguro ni permiso de conducir-.

6. ¿Concurrencia de causas o compensación de culpas?

Los tribunales en muchas jurisdicciones están divididos sobre la cuestión de si hay que tener en cuenta la contribución de causas, la intensidad de las culpas respectivas o ambas cosas a la vez. En la cultura estadounidense el gran jurista William Lloyd Prosser (1898-1972), acaso el mejor formulador del moderno derecho de daños en su país, mantuvo el criterio de que había que tener en cuenta la culpa comparativa, no la contribución causal (*Comparative Negligence*, 51 Mich. L. Rev. 465, 481 (1953)). En defecto de fijación legal del criterio, es prudente tener en cuenta ambos factores (piénsese en los casos de atropello de un ciclista que no llevaba encendidas las luces, ni puesto el casco y que se había saltado un stop cuando el automovilista circulaba a una velocidad 20 km/h superior a la permitida).

Por otro lado, estudios recientes muestran como las regulaciones estatales estadounidenses que establecen porcentajes fastidiosamente precisos de responsabilidad en función del grado de contribución culposa al accidente de cada parte son frecuentemente orilladas por los jurados (Eli K. Besf, John J. Donohue III, *Jury Nullification in Modified Comparative Negligence Remedies* 79 d. Chi. L. Rev. 945, 962 (2012)).

Algunos tribunales desconsideran la culpa del demandante si el demandado actuó dolosamente o con culpa muy grave. El dolo lo corrompe todo.

7. Accidente bilateral en la responsabilidad por culpa y en la responsabilidad objetiva

Las reglas que resuelven el problema de la negligencia de la víctima en el daño que sufre suponen que el accidente fue bilateral. Es decir, que conforme a la clasificación empleada al inicio de este capítulo, tanto agente como víctima causaron, o provocaron, el daño o pudieron haberlo evitado con un comportamiento alternativo y que les venía impuesto por la norma de cuidado que incumplieron, en todo o en parte. Por hipótesis, la víctima no puede ser responsable del daño que sufre, ni siquiera en parte, en el caso de un accidente unilateral, pues en ese caso no pudo hacer nada para evitarlo.

Una vez explicadas las soluciones que los jueces y tribunales han dado al problema de los accidentes bilaterales es oportuno analizar el funcionamiento de las reglas o estándares de responsabilidad en los accidentes que, por deberse en parte a la contribución de la víctima, se denominan "bilaterales".
Los regímenes o estándares de responsabilidad son dos: la culpa y la responsabilidad objetiva. En el primero solo se responde por daños causados de forma negligente, es decir, que un comportamiento diligente alternativo, ajustado a la norma de cuidado, hubiera evitado. En un régimen basado en la culpa no se responde si la actuación fue diligente, aunque haya daño. Cuando la responsabilidad es objetiva, el agente será responsable de todos los daños causados ligados a su actividad, con independencia del nivel de cuidado que emplee. Es intuitivo suponer que si el agente actúa de forma correcta causará menos daños, pero bajo un estándar de responsabilidad objetiva, y a diferencia de lo que sucedería en un régimen de culpa, también responderá de los daños que la diligencia no hubiera evitado.

La imposición de un estándar de responsabilidad objetiva o de responsabilidad por culpa tiene muchas implicaciones. Interesan ahora las que tiene cuando uno u otro estándar de responsabilidad se aplican a sectores de actividad en los que, por los roles asumidos por potenciales causantes y potenciales víctimas, los accidentes son bilaterales.

Una regla de responsabilidad objetiva protege en mayor medida que otra de culpa a las víctimas potenciales de accidentes unilaterales. Las víctimas no pueden hacer nada por evitar el daño que pueden sufrir y el estándar de responsabilidad objetiva les cubre respecto de todos los daños que se causen. Tanto de los que el agente causó con culpa como de aquéllos que se causen a pesar del comportamiento diligente de su responsable. Así, en accidentes unilaterales, la responsabilidad objetiva es, para las víctimas, un régimen más protector que la responsabilidad por culpa.

Cuando el accidente es bilateral, sin embargo, las cosas no funcionan del mismo modo y el análisis se complica:

- Si el accidente es bilateral y el estándar de responsabilidad es la culpa, los potenciales responsables solo lo serán por los daños que causen por no haber observado el nivel de cuidado que les era exigible. Como en un accidente bilateral ambos, agente y víctima, son potenciales causantes del daño, unos y otros adoptarán el nivel de cuidado que les exonera de responsabilidad y las víctimas, de igual modo que en los accidentes unilaterales, habrán de asumir los daños que sufran si el agente no actuó de forma negligente. La situación de las víctimas no cambia mucho respecto de la que tenían en los accidentes unilaterales. Salvo porque, y la diferencia puede no ser menor, en un escenario de accidente bilateral, la víctima puede evitar el daño y la diligencia que les puede ser exigible puede incluir la obligación de suplir la negligencia de los potenciales agentes de daños.

- Las cosas cambian cuando el régimen es la responsabilidad objetiva. En este caso, los potenciales responsables responderán de todos los daños que causen, por los que habrán de indemnizar en todo caso a las víctimas. Éstas, sin embargo, pueden hacer algo por evitar el daño que pueden sufrir. Sin embargo, si saben que van a ser indemnizadas carecen de incentivos para ser precavidas y los agentes, potenciales responsables, acabarán respondiendo por daños que solo su víctima pudo evitar.

Por tales motivos, en accidentes bilaterales es necesaria la corrección de la concurrencia de culpas o de causas. La conducta de la víctima debe ser tenida en consideración. En un régimen de responsabilidad por culpa porque es la forma de asegurar que agentes y víctimas se ajustarán a la norma de cuidado. En un régimen gobernado por la responsabilidad objetiva, porque es la forma de incentivar a las víctimas para que adopten las precauciones que minimizan los daños que pueden llegar a sufrir.

8. Culpa exclusiva de la víctima

La razón por la cual la contribución de la negligencia del demandante a la causación del daño es importante consiste en considerar en cada caso hasta qué punto cada una de las partes estaba en mejores condiciones que la otra de evitar el accidente o reducir su probabilidad o gravedad. Por tal razón, no cabe distribuir responsabilidad entre agente y víctima si la única causa del daño es la conducta negligente de ésta que fue gravemente descuidada o, incluso, dolosa, en una medida tal que el daño se sufrió solo como consecuencia de su comportamiento o se debe a él en una medida tal que convierte en irrelevante la eventual participación del agente. Como señalábamos al inicio de esta sesión, los casos en los cuales el tribunal resuelve que los daños fueron imputables sólo al actuar negligente de la víctima cierran el círculo: de la causación bilateral de daños por el demandado y demandante a la auto causación unilateral del daño por el demandante.

Se trata de los casos de culpa exclusiva de la víctima. Cuando la víctima es la única causa del desastre, no puede reclamar una compensación por los daños sufridos.

- **STS, 1ª, 1384/2007, de 20 de diciembre, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.**

En las instalaciones de un circo, Braulio, sin autorización alguna y actuando a su riesgo, sorteó las vallas que delimitaban la jaula de los tigres, abrió el pestillo de seguridad que cerraba la trampilla a través de la cual se alimentaba a los animales, metió el brazo izquierdo en la jaula para introducir el recipiente utilizado para dar de beber a los tigres, y uno de ellos le arrancó el brazo de cuajo. Braulio, quien trabajaba en el circo, no era el cuidador habitual de los tigres y era plenamente consciente de la agresividad de los mismos.

Braulio demandó a Bárbara, dueña de los animales, a su aseguradora y al Ayuntamiento de Vall d'Uxó, que había concedido la licencia de actividad, y solicitó una indemnización 420.708,47 € en concepto de lesiones permanentes.

El JPI núm. 2 de Nules (12.2.1998) desestimó la demanda al apreciar culpa exclusiva de la víctima. La AP de Castellón (Sección 3ª, 1.9.2000) desestimó el recurso de apelación y confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Braulio fundado en la infracción del artículo 1905 CC. "La causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra (...) en la propia conducta de aquél, quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus

consecuencias, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo inherente a la tenencia y utilización de los animales y el resultado lesivo producido" (FD 2º).

- Miguel Ángel DE DIOS DE DIOS, *Culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación*, La Ley Actualidad, Madrid, 2012.

9. Negligencia imputada (*Imputed Negligence*)

¿Puede o, incluso, debe tenerse en cuenta la contribución culposa del padre o guardador del menor a la causación del daño que este sufre para descontarla de la cuota de responsabilidad del demandado? Piénsese en el caso de un conductor que atropella a un niño de cuatro años de edad mientras su padre o madre están distraídamente hablando con un vecino. Muchas jurisdicciones U.S.A. han rechazado tal posibilidad , es decir, se han negado a aplicar la doctrine de la denominada *imputed negligence* (Labier v. Pelletier, 665 A.2d 1013 (Me. 1995) y otros han legislado al efecto, pero surge la pregunta: ¿debe de ser de peor condición el demandado que contribuyó a causar un daño al menor demandante con sus padres o guardadores que aquel que lo hizo con un extraño? ¿Y qué ocurre en un caso en el cual una persona mentalmente discapacitada e internada en un establecimiento psiquiátrico se suicida? ¿Pueden los tribunales imputar parte de la responsabilidad al paciente mismo y reducir en consecuencia la indemnización que hubiera de afrontar el establecimiento por sus fallos de atención (*Limited capacity*)?

Pensemos en dos parejas de casos muy similares. En la primera, una madre descuida por un momento el cuidado de su hijo muy pequeño y este es dañado accidentalmente por un tercero. En tal circunstancia los tribunales acaso podrían dejar de imputar la cuota de contribución materna a la causación del daño y no descontarla de la indemnización que pagará el tercero demandado. Sin embargo, si el niño estaba en una escuela y sus responsables descuidan los cuidados exigibles ningún tribunal dejará de tener en cuenta la responsabilidad de la escuela y del tercero. Parecidamente, en la segunda pareja hipotética de casos. En el primero, el marido de una mujer afectada por una enfermedad neurodegenerativa grave no cierra la puerta de su casa, la enferma sale de ella y sufre un daño causado por un tercero negligentemente. También aquí la negligencia del marido tenderá acaso a ser pasada por alto por los tribunales. Pero imaginemos que la paciente estaba al cuidado de una residencia especializada, supuesto en el cual la residencia y el tercero responderán claramente por los daños ocasionados. ¿Por qué en el primer grupo de casos la madre y el marido parecen ser de mejor condición que la escuela y la residencia? Una posible respuesta: desde la perspectiva de la disuasión, de la prevención de daños, los familiares suelen ser los interesados en que el hijo y la mujer desvalida no sufran daños, es más, sufren aquello que los penalistas llaman una pena de daño. Y la condena derivada del éxito de la pretensión resarcitoria no les disuade mucho más o sólo lo hace marginalmente. Desde el punto de vista de la compensación, la familia sigue siendo una unidad económica de consumo y las redistribuciones internas de sus miembros no serán realmente compensatorias. Naturalmente, el análisis anterior es perfectamente discutible, pero para esto se han redactado estas sesiones.

En 2012 el Fiscal responsable de seguridad vial dio instrucciones a los fiscales para que investiguen en profundidad los accidentes de circulación con resultado de daños a menores que no iban adecuadamente sujetos y ha propuesto que la Fiscalía solicite penas más graves en estos

casos (Fiscalía Seguridad Vial, "Seguridad Vial presenta las conclusiones del Proyecto de Investigación sobre accidentes en menores", 5.6.2012; "La Fiscalía de Seguridad Vial plantea que el Fiscal de Menores actúe contra padres multados por no usar 'sillita'", europapress.es**).** ¿Aplicaría sistemáticamente esta directiva a los accidentes domésticos?

Los tribunales españoles suelen admitir que la conducta negligente de los progenitores del menor lesionado tiene capacidad para reducir la indemnización debida por el causante: así, la falta de vigilancia de una madre sobre su hijo de 11 años de edad, que había caído de un tercer piso de un edificio en construcción, fue tenida en cuenta para reducir la indemnización por las lesiones a la que tenía derecho el menor (STS, 1ª, 855/1993, de 27 de septiembre de 1993, MP: Pedro González Poveda). En otro caso, la conducta negligente del padre de un niño de 3 años edad, a quien se le cayó encima una máquina expendedora de golosinas instalada en el quiosco del que aquel era titular, determinó la desestimación de la demanda interpuesta por el progenitor (STS, 1ª, 985/2002, de 21 de octubre de 2002, MP: José de Asís Garrote).

- **STS, 1ª, 80/2007, de 26 de enero, MP: Clemente Auger Liñán.**

El 30.7.1994, Lucio y Cecilia fueron a visitar el Museo Gaudí anejo al "Templo Expiatorio de la Sagrada Familia" (Barcelona) junto a sus hijos, Lorenzo, de 5 años de edad, y Rocío, también menor de edad. En el museo había expuestas varias esculturas a las que el público podía acercarse e incluso tocarlas sin que existieran medidas de seguridad o carteles de advertencia que lo impidieran o prohibieran respectivamente. Una de las obras de la exposición era un conjunto escultórico de varias piezas ensambladas, con estructura asimétrica, de inestabilidad acusada y cuya parte más saliente estaba a una altura de 1,45 m. Lorenzo, de 1,13 m. de altura, se acercó y se colgó de ella. La estatua basculó y las tres piezas superiores del conjunto cedieron y cayeron encima del menor, causándole la muerte por rotura de la base del cráneo.

Lucio y Cecilia, en nombre propio y en representación de Rocío, demandaron a la "Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia" y solicitaron una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

El JPI nº 30 de Barcelona (16.9.1998) estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de la indemnización a determinar en ejecución de sentencia. La AP Barcelona (Sección 16ª, 22.10.1999) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la "Junta Constructora", revocó la sentencia de instancia, apreció concurrencia de culpas de los padres, y condenó a la demandada al pago de 40.067,47 € para cada uno de los padres y 12.020,24 € para la hermana en concepto de daño moral, así como 3.400,27 € en concepto de daños materiales por los gastos del sepelio.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Lucio y Cecilia, revocó en parte la sentencia de apelación y condenó a la "Junta Constructora" al pago de 60.101,21 € a cada progenitor y 18.030,63 € a la hermana en concepto de daño moral, más 5.100,41 € en concepto de daños materiales:

"[N]o puede admitirse la relevancia causal que la SAP aprecia en la conducta de los padres del menor, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño (…). [A]ún cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus padres, no quedaba excluida la causación del accidente" (FD 3º).

- **STS, 1ª, 144/2007, de 7 de febrero, MP: José Antonio Seijas Quintana.**

El 23.10.1991, Jorge, de 9 años, subió a jugar a la azotea del edificio en compañía de otros dos menores, de 4 y 7 años. Jorge, con la intención de coger una pelota, subió por una escalerilla a un tejado en que había placas solares y depósitos de agua. Una vez arriba, perdió el equilibrio y agarró con la mano izquierda un cable eléctrico conductor de baja tensión, lo que provocó una fuerte descarga que le lanzó sobre otra terraza. María Juana, de 16 años, acudió a socorrer a su hermano y recibió otra descarga eléctrica. A consecuencia de las descargas, ambos menores sufrieron lesiones traumáticas y quemaduras, siendo las de Jorge de mayor gravedad. El cable, sin revestimiento aislante, se encontraba a una altura de 1,40 m, 10 cm inferior a la establecida en el Real Decreto 2413/1973, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión.

María Juana, en su nombre, y Claudio y Ángela, en representación de su hijo menor Jorge, demandan a "Iberdrola, S.A.", y solicitaron una indemnización de 81.708,38 €.

El JPI nº 1 de Sueca (10.10.1998) estimó en parte la demanda y condenó a pagar 7.422,5 € a María Juana y 10.553,77 € a los padres, como representantes del menor. La AP de Valencia (Sección 6ª, 1.6.1999) desestimó el recurso de apelación de la demandada y estimó el de los demandantes en el sentido de aumentar la indemnización de Jorge a 13.540,8 €. La AP mantuvo la proporción del 50% de culpa para cada una de las partes.

El TS desestimó el recurso de casación de "Iberdrola, S.A.", en cuyo primer motivo sostenía la culpa exclusiva de los padres de las víctimas:

"[L]a Audiencia en este caso lleg[a] a la conclusión de no considerar acreditado que la puerta de acceso a la terraza del edificio estuviera cerrada con llave y se facilitara por los padres el acceso a la terraza del menor accidentado… [N]o cabe dudar del incumplimiento por la Compañía eléctrica instaladora, responsable del cuidado y mantenimiento de la instalación, de la normativa administrativa en cuanto a la altura del cable conductor de corriente…, que después del accidente fue revestido de protección, sin que hubiera advertencia alguna del peligro que la instalación representaba" (FD. 2º).

- **Art. 1.2 Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en su redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación)**

"En los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Tales reglas no procederán si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño.

10. Seguridad pasiva de automóviles (*Crashworthiness*)

Con frecuencia, se plantea la cuestión sobre si se aplica la regla de la compensación de culpas en los casos en los cuales el demandante, conductor de un vehículo a motor, se causa a sí mismo un daño con su propia negligencia, pero, inmediatamente y a continuación, el daño sufrido se agrava como consecuencia de un defecto en la seguridad del vehículo que conducía. Los tribunales españoles analizan esta cuestión desde el punto de vista de la causalidad y son muy estrictos con la deficiencia de su prueba. En el *Common Law* americano la doctrina dominante permite la aplicación de los criterios generales sobre culpa comparativa pero una doctrina minoritaria aunque influyente niega tal posibilidad y ciñe la cuestión a los daños específicamente causados por el defecto de seguridad del producto en la segunda colisión.

La cuestión así planteada es clásica en el análisis de la responsabilidad de producto y, usualmente se formula del modo siguiente: ¿puede el demandado alegar el principio de compensación de culpas o de causas (*comparative fault*) cuando la conducta de la víctima causó inicialmente el accidente, pero los daños se agravaron por la condición defectuosa del producto? Al respecto, el *Common Law* norteamericano sigue dos orientaciones distintas y contrapuestas:

a) La tendencia mayoritaria reconoce la posibilidad de que el demandado alegue la culpa comparativa o contribución de la culpa del demandante a la causación inicial del accidente, cuyas consecuencias se ven luego agravadas por la colisión o accidente secundarios debidos al defecto probado del producto. Nada impide, en sede de responsabilidad de producto, tener en cuenta la doctrina general de la culpa comparativa y, además, excluir tal posibilidad, suele decirse, impediría lógicamente al mismo demandante accionar contra un tercero cocausante del daño.

b) La tendencia minoritaria rechaza la opinión anterior, y con ella, la posibilidad de alegar con éxito la contribución causal de la negligencia del actor a la producción del daño cuando éste además resultó agravado por el defecto del producto. La razón, de ser tal, consistiría en que la culpa del demandante en la causación del accidente no es relevante en relación con la cuestión de si el demandado fabricó o no un producto defectuoso, y no lo sería por constituir sólo una causa remota del daño finalmente sufrido. Habría falta de previsibilidad (*foreseeability*) y no concurriría la causalidad adecuada (*proximate causation*).

La mayor parte de los casos de seguridad pasiva o *crashworthiness* se relacionan con demandantes que conducían su vehículo bajo la influencia del alcohol o de otras sustancias químicas, que superaban los límites de velocidad permitidos o que no llevaban puesto el cinturón de seguridad. HENDERSON y TWERSKI preguntan entonces retóricamente al lector:

"¿Es acaso previsible para un conductor ebrio que causa un accidente y lesiona a un tercero que el automóvil con el cual colisiona estuviera defectuosamente diseñado? (…) ¿Hay algún tribunal en el mundo que dejaría a un conductor rico y ebrio libre de toda responsabilidad porque su conducta negligente no fue una causa próxima a las agravadas lesiones de su víctima?" (p. 508).

10.1. STS, 1ª, 1071/2008, de 7 de noviembre, MP: Clemente Auger Liñán.

Don Ángel Daniel interpuso demanda contra Citroën Hispania, S.A. fundamentada en que el 12 de mayo de 1998 sufrió un accidente de circulación cuando conducía un vehículo marca Citroën ZX, sin que se activara su airbag. El actor, que sufrió lesiones personales en el accidente, reclamaba, entre otras cosas, una indemnización de 181.000 euros.

En el caso se discutió si la negligencia del demandante podía tenerse en cuenta para compensar parte de los daños sufridos por defecto de producto. El demandado alegaba que el actor había contribuido negligentemente a causar el daño, pero no aportaba prueba concreta alguna sobre la contribución causal de la conducta negligente del actor a la producción del daño. La respuesta –correcta- del Tribunal fue negativa: negligencia y causalidad se diferencian básicamente en que la primera es infracción de un deber de cuidado y la segunda, producción de un resultado material:

"[E]n la hipótesis que nos ocupa no existe prueba de que ello sea así, es decir, de que determinadas lesiones se hayan producido o agravado por la falta de uso del cinturón de seguridad. Ni siquiera puede hablarse de prueba notoria, pues en ningún momento se informa pericialmente en pos de la notoriedad, siendo por otra parte obvio que el airbag no funcionó, que el actor sufrió determinadas lesiones, y que el airbag pudo disminuirlas en un 40%, lo que no pudo ocurrir dada su injustificada falta de funcionamiento, reveladora de defecto en el mismo. En consecuencia, está probado el defecto del producto, del daño y relación causal, prueba que incumbe al actor (artículo 5 de la Ley 22/1994), sin que se haya probado que la falta de uso del cinturón de seguridad supusiera producción o agravación de las sesiones sufridas, extremos cuya prueba correspondía a la parte demandada. Consecuentemente ha de confirmarse el fallo de la sentencia impugnada" (FD 2º).

10.2. SAP Barcelona, Secc. 16ª, 43/2009, de 29 de enero, MP: Agustín Ferrer Barriendos.

Para casos similares, véanse las SSAP Asturias, Secc. 6ª, 205/2007, de 21 de mayo, y León, Secc. 1ª, 203/2008, de 23 de mayo.

El 15 de agosto de 2001 a las 4:00 horas, Pedro Francisco murió a causa de un accidente de circulación en un camino parcelario entre Santa Cecilia y Villar de Maya (término municipal de Bretún, Soria) al salirse de la calzada el todo terreno que conducía.

Sus padres, Fermín y Carolina, interpusieron demanda contra el importador del vehículo, Isuzu Ibérica, S.A., reclamando una indemnización por daño moral derivado del fallecimiento de Pedro Francisco, por entender que la muerte de su hijo derivó del defecto de funcionamiento del airbag de que estaba dotado el vehículo y que no llegó a accionarse en el momento del siniestro.

La SJPI nº 28 de Barcelona de 1 de junio de 2007 desestimó la demanda. Los padres de Pedro Francisco presentaron recurso de apelación manteniendo su pretensión inicial.

La SAP Barcelona, Secc. 16ª, 43/2009, de 29 de enero, desestimó el recurso de apelación basándose en dos argumentos:

En primer lugar, la Audiencia llega "a la conclusión de que es dudosa (no estaría suficientemente acreditada) la relación de causalidad entre el alegado defecto del producto y el resultado, cuando la falta de utilización del cinturón propia y de la pasajera, unido al exceso de velocidad, constituyen causa adecuada y suficiente para explicar lo sucedido con independencia de que el airbag tuviera, o no, que haberse disparado. Este tema es rehuido expresamente en el recurso y consideramos que tiene relevancia directa en lo enjuiciado, no sólo por la obligada valoración de la culpa del perjudicado prevista en el art. 9 de la Ley de responsabilidad civil por producto defectuoso que permite llegar hasta la exoneración de responsabilidad del fabricante (o importador en este caso), sino que podría representar una causalidad adecuada en la producción del resultado que deshabilitaría la propia aplicación del art. 5 de dicha ley en relación al funcionamiento del airbag" (FD 2º).

Y, por otro lado, la SAP también defiende la desestimación del recurso en base a que "no estamos ante un impacto frontal ni "casi frontal" que indica el manual [relativo al funcionamiento del airbag] sino más bien angular, con un ángulo respecto del eje del vehículo que según un perito debería provocar la activación del mismo para la más efectiva cobertura pero que según otros peritos y lo observado en literatura no es una dirección de fuerza apropiada para la activación del airbag frontal. En tales circunstancias, no cabe sino concluir con el Juzgado de Primera Instancia que no podemos afirmar se haya probado un real defecto en el funcionamiento del airbag objeto del litigio" (FD 3º).

10.3 Material complementario: doctrinas dominante y minoritaria sobre *Crashworthiness* en las jurisdicciones norteamericanas*:* D'amario v. Ford Motor Co. [806 so. 2d 424 (fla. 2001)]

We have for review the decision in *Ford Motor Co. v. D'Amario,* 732 So.2d 1143 (Fla. 2d DCA 1999) (...) on the issue of whether principles of comparative fault apply in a crashworthiness case. We hold that principles of comparative fault concerning apportionment of fault as to the cause of the underlying crash will not ordinarily apply in crashworthiness or enhanced injury cases (…)

SECONDARY INJURY CASES

[S]uch cases, which are also often referred to as "secondary collision" or "enhanced injury" cases, involve both an initial accident and a subsequent or secondary collision caused by an alleged defective condition created by a manufacturer, which is unrelated to the cause of the initial accident but which causes additional and distinct injuries beyond those suffered in the primary collision (...)

In *D'Amario,* Clifford Harris, a minor, was injured when the car in which he was riding as a passenger collided with a tree and then burst into flames. The car was driven by a friend of Harris who was allegedly intoxicated and speeding at the time of the accident. Harris, and his mother, Karen D'Amario, sued Ford alleging that a defective relay switch in the automobile caused Harris's injuries (...)

Prior to jury selection, the plaintiffs moved to exclude evidence about the driver's alcohol consumption on the day of the accident and the trial court ruled that evidence of the driver's alcohol consumption would be excluded. The court reasoned that the acts leading up to the collision were not at issue, rather, the issue as to Ford's liability concerned events occurring after the initial collision with the tree. However, at trial, Ford moved to amend its affirmative defenses to include an allegation that Harris's injuries were caused by the fault of a third party, and proffered evidence of the driver's intoxication and excessive speed. The trial court granted Ford's request and held that an apportionment defense was available and evidence of the driver's actions in causing the initial accident could be admitted in support of such defense. In the face of such ruling, the parties stipulated to the jury that the negligent and excessive speed of the driver caused the initial accident and that at the time the driver had a blood alcohol level of .14 percent.

Following deliberations, the jury returned a verdict for the defense, finding that Ford was not a legal cause of the injuries to Harris (…) D'Amario subsequently moved for a new trial, alleging that the court erred in permitting evidence of the driver's intoxication to go to the jury (...)

ANALYSIS

(…)

Under what has been characterized by *Whitehead v. Toyota Motor Corp.,* 897 S.W.2d 684 (Tenn.1995), as the "majority view," the fault of the plaintiff or a third party in causing the initial accident is recognized as a defense to a crashworthiness case against a product manufacturer (...)

In *Meekins v. Ford Motor Co.,* a Delaware trial judge set out a comprehensive analysis discussing the arguments on both sides of the issue, before ultimately concluding that principles of comparative fault should apply in enhanced injury cases. First, the court reasoned that while some cases may present a clear factual delineation between primary injuries and secondary injuries, whereby the driver's comparative fault should be excluded from consideration, most cases do not (...) Second, the court was concerned that a rule excluding consideration of the plaintiff driver's fault in causing an accident would logically extend to prevent the plaintiff from suing a negligent third party who caused the accident, and thereby run counter to well-established principles of tort law (...)

Another logical hurdle inherent in plaintiff's position is this. If a plaintiff negligently crashes his vehicle into a tree and suffers an enhanced injury because of a design defect in his car, plaintiff says that the manufacturer is liable for the enhanced injury regardless of the plaintiff's negligence in causing the collision. But what if a plaintiff collides with another vehicle and the driver of that vehicle is negligent? (...)

Finally, the court noted that the rule concerning proximate causation should be no different in enhanced injury cases than that applied in ordinary negligence cases

The Minority View

[T]he "minority" view, rejecting the application of comparative fault principles, focuses on the underlying rationale for imposing liability against automobile manufacturers for secondary injuries caused by a design defect. The federal district court in *Jimenez v. Chrysler Corp.,* 74 F.Supp.2d 548 (D.S.C.1999), *reversed in part and vacated,* 269 F.3d 439 (4th Cir. 2001), explained the essential rationale of the minority view:

The crashworthiness doctrine imposes liability on automobile manufacturers for design defects that enhance, rather than cause, injuries (...)The issue for purposes of a crashworthiness case, therefore, is enhancement of injuries, not the precipitating cause of the collision (...) [T]he concept of "enhanced injury" effectively apportions fault and damages on a comparative basis; defendant is liable only for the increased injury caused by its own conduct, not for the injury resulting from the crash itself

[E]vidence of the plaintiff's intoxication and excessive speed is not admissible in a crashworthiness case against a vehicle manufacturer (…)

CONCLUSION

In sum, we hold that principles of comparative fault involving the causes of the first collision do not generally apply in crashworthiness cases. Such a rule, we believe, recognizes the important distinction between fault in causing the accident and fault in causing additional or enhanced injuries as a result of a product defect, a distinction that defines and limits a manufacturer's liability in crashworthiness cases. In such cases, the automobile manufacturer is solely responsible for the enhanced injuries to the extent the plaintiff demonstrates the existence of a defective condition and that the defect proximately caused the enhanced injuries. Thus, an automobile manufacturer who allegedly designed a defective product may not be held liable for damages caused by the initial collision and may not apportion its fault with the fault of the driver of the vehicle who caused the initial accident.

We believe this rule will ensure both fairness in the apportionment of damages and that the jury will not be unduly confused about the issues in the case, especially in cases like those before us today, where both accidents involved drinking and driving. Because the initial collision is presumed in crashworthiness cases, the jury's focus in such cases should be on whether a defect existed and whether such defect proximately caused the enhanced injuries. Unfortunately, in the consolidated cases, the juries' focus was shifted to the conduct of the intoxicated drivers who caused the initial accidents. In light of the confusion caused by the introduction of accident-causing fault and the improper focus placed on the non-party drivers' intoxication in each case, we conclude that both the estate and D'Amario are entitled to a new trial (…)

Capítulo 8
Causalidad de hecho

1. Causalidad (Causation) 182
1.1. Causalidad y omisión 184
1.2. Causalidad múltiple 187
1.3. Causalidad indeterminada 188
2. Causalidad genérica y específica (Generic Causation and Specific Causation) . 192
2.1. Material complementario: 193
2.1.1. STJUE, 5.3.2015. Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt-DIe Gesundheitskasse (Asunto C-503/13) y c. Betriebskrankenkasse RWE (Asunto C- 504/13) 193
2.1.2. STJUE 21.6.2017. Perjudicados c. Sanofi Pasteur MSD SNC et al. (Asunto C-621/15) 197
3. Causalidad alternativa (Alternative Causation) 204
3.1. Summers v. Tice [33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1 (1948)] 204
3.2. Ybarra v. Spangard (25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687) 206
3.3. STS, 1ª, 644/2000, de 22 de junio, MP: Alfonso Villagómez Rodil 206
4. Causalidad concurrente (Concurrent Causation) 207
4.1. Kingston v. Chicago Ry. [191 Wis. 610, 211 N.W. 913 (1927)] 207
4.2. Daños causados por incendios y doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 208
4.3. STS, 3ª, 15.1.2013 (RJ 2013\1866), MP: Wenceslao Francisco Olea Godoy. . 211
4.4. Material complementario: Dillon v. Twin State [85 N.H. 449, 163 A. 111 (1932)] 212
5. Causalidad sucesiva (Succesive Causation) 214
5.1. BGH NJW 1952, 1010 214
5.2. Baker v. Willoughby [(1970) 2 W.L.R. 50] 214
5.3. STS, 1ª, 461/2003, de 8 de mayo, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz. Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria 214
5.4. Causalidad sucesiva y abandono del Substantial contributing factor test 215
6. Causalidad probabilística (Probabilistic Causation) 215

1. Causalidad (*Causation)*

Causa, para los juristas, es *conditio sine qua non*, limitada normativamente por criterios de adecuación social. Es el "But-for Test". Es decir, la *conditio sine qua non*, modulada por la apreciación social dominante -pero muy cambiante- sobre cuáles son los roles sociales que determinan, para cada constelación de conductas peligrosas, las personas u organizaciones a cuyo cargo se ponen los riesgos generados.

La causalidad es, primariamente, una cuestión empírica y responde a la pregunta sobre por qué se produjo el daño, cuál fue su explicación científica, técnica o científico social.

El derecho limita el alcance de la causalidad empírica. La modulación o limitación normativa de la causalidad -en inglés *scope of liability* (antes: *proximate causation*); y en alemán, *objektive*

Zurechnungslehre (véase capítulo 9)- trata de evitar hacer responder a los padres por los actos de sus hijos o a los nietos por los de sus abuelos, aunque, como ambos ejemplos sugieren, la respuesta es frecuentemente muy difícil. Intuitivamente, los bomberos y las autoridades que los gobiernan están más directamente incumbidos en la tarea de atajar incendios que los ciudadanos en general; los policías lo están en las de prevenir y evitar delitos; los padres en las de velar por que sus hijos *menores de edad* no causen daños a terceros, etc. Si la pregunta es a quién incumbe prevenir accidentes, el test más fecundo para responderla es filtrar el análisis con la consideración de que si todos hemos de responder por todo, no hay división del trabajo posible, ni por tanto, desarrollo tecnológico.

Así, la causalidad es el territorio de los expertos, de los peritos. La imputación objetiva, de la legislación, la jurisprudencia, las propuestas razonadas de los letrados de las partes que ponen de manifiesto las razones y consecuencias de poner a cargo de alguien o de alguna organización tales o cuales conductas peligrosas,.

Esta es la distinción básica que realiza la jurisprudencia española (véanse, recientemente, **STS, 1ª 576/2019, de 19 de febrero, ponente Eduardo Baena Ruiz**: fallececimento por broncoaspiración de alimentos por bebé en guardería, causalidad y negligencia; **STS, 1ª 778/2020, de 11 de marzo, ponente José Luis Seoane Spiegelberg**: infarto de miocardio y fallecimiento de madre de la actora, en jardín de la residencia de ancianos en la cual estaba internada, ausencia de causalidad), pero hay otros modos de abordar la cues conresultado de fallecimientotión de la causalidad en derecho de daños.

En la cultura jurídica alemana, suele distinguirse entre la causalidad que relaciona el comportamiento del demandado y la lesión del bien jurídico protegido por el derecho de daños (*Haftungbegründende* Kausalität) y la que justifica la relación entre tal lesión y el daño originado (*Haftungsausfüllende Kausalität*): supóngase que Un conductor C causa negligentemente un accidente a otro conductor V, quien no sufre daños personales, pero se ve obligado a detener y reparar su vehículo provisionalmente, perdiendo dos horas de tiempo en su viaje previsto a otro lugar cuyo destino está a una hora de tiempo del lugar del suceso. Cuando por fin V reemprende su viaje y vuelve a circular, una súbita tormenta de granizo provoca que pierda el control de su vehículo y sufra un accidente con serios daños corporales. Está claro que si el primer accidente no hubiera ocurrido, el segundo no habría tenido lugar. La cuestión es si este y sus consecuencias pueden atribuirse a C, causante del primer accidente, una cuestión de relación entre la conducta de C y los daños personales de V, es decir, de *haftungsbegründende Kausalität*. En la *haftungsausfüllende Kausalität*, se trata en cambio de la relación entre la lesión del bien jurídico y los daños finalmente producidos. Lógicamente, primera precede a la segunda. La diferencia se puede ver también en casos en los cuales en los cuales V sufre daños personales en un accidente causado negligentemente por C y cuando es tratado médicamente se descubre que sufre una afección, hasta entonces no diagnosticada, que le obliga a dejar su trabajo, retirarse y cobrar una pensión inferior a su salario anterior. La cuestión es ahora si entre los daños ulteriores y la lesión orignaria hay una relación jurídicamente relevante que permita a V reclamar a C por estos segundos daños. En la jurisprudencia alemana, se pregunta por la quivalencia de condiciones (*condicio sine qua non*), por la adecuación y por si la relación está o no contemplada, cubierta, por el fin de protección de la norma cuya infracción determina la negligencia del demandado C. El análisis no es sustantivamente diferente del español, pero en nuestro país no se suele recurrir a la terminología anterior.

En la cultura del *common law* norteamericano, un buen resumen doctrinal sobre la causalidad en derecho puede verse en la Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Causation in the Law* (2019). Para un un estado de la cuestión en los derechos aplicables, véase el ***Restatement (Third) of Torts*** del American Law Insititute, el cual ofrece un buen marco analítico a la doble cuestión de la causalidad y de su acotación por el derecho:

> ***§ 26. Factual cause***
>
> Tortious conduct must be a factual cause of harm for liability to be imposed. Conduct is a factual cause of harm when the harm would not have occurred absent the conduct. Tortious conduct may also be a factual cause of harm under § 27.
>
> ***§ 27. Multiple sufficient causes***
>
> If multiple acts occur, each of which under *§ 26* alone would have been a factual cause of the physical harm at the same time in absence of the other act(s), each is regarded as a factual cause of the harm.
>
> ***§ 29. Limitations on Liability For Tortious Conduct***
>
> An actor's liability is limited to those harms that result from the risks that made the actor´s conduct tortious.

Pablo SALVADOR CODERCH, Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "Causalidad y Responsabilidad", 3ª ed., *InDret* 1/2006 (www.indret.com), págs. 3-7:

"El problema práctico [del criterio de la *conditio sine qua non* (*but-for test*)] radica en su naturaleza contrafactual. Requiere que el tribunal determine una causalidad hipotética: ¿qué habría ocurrido si el demandado no hubiera actuado como lo hizo? ¿Qué habría ocurrido de no omitir la conducta que se esperaba de él? Estas preguntas plantean serios problemas de prueba *("it is impossible to go back to the moment before the accident, «remove» the negligence of the defendant, and see what would have happened"* (ABRAHAM (2002), p. 101). El concepto de acción supone la causación de efectos y el de omisión, su ausencia, pero siempre que hacemos algo evitamos algo (lo que habría ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido hacer pero no hemos hecho). Véase, MOSTERÍN (1987, p. 141)".

1.1. Causalidad y omisión

La primera cuestión que se plantea es si podemos hablar de causalidad en la omisión. Filosóficamente, hay muchos trucos para rodear el problema de la causalidad en la omisión. Véase el siguiente que tomamos de la obra citada de DÍEZ, MOULINES (1998, p. 253): hay causas "propiciativas" (*contributing*), que contribuyen positivamente a la ocurrencia del efecto, y "resistivas" (*counteracting*), que contribuyen a su no ocurrencia: fumar es causa propiciativa de cáncer de pulmón, mientras que hacer ejercicio es una causa resistiva. Este carácter no es absoluto, pues puede alterarse en presencia de otras causas: la arena es causa propiciativa de accidentes de carretera, pero en presencia de hielo es causa resistiva.

La mayor parte de los casos de responsabilidad civil son pecados de falta de control o de vigilancia de hechos ajenos: la actuación descuidada del dependiente es causa propiciativa de daños; el control o vigilancia por parte del empresario es causa resistiva (véase art. 1903 CC). Por tanto, la omisión de este control o vigilancia remueve una causa resistiva y, en este sentido, podemos afirmar que, en cierto modo, está contribuyendo a la producción del daño.

La idea es que si el patrono y el empleado solvente, en el supuesto arquetípico, pudieran contratar libremente, entonces la existencia o inexistencia de un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno no sería relevante. Sin embargo en la práctica lo es y mucho porque: i) la víctima sabe qué empresa le causó daños, pero no cuál de sus empleados; ii) los empleados suelen ser escasamente solventes; iii) en ausencia de responsabilidad, el patrono contrataría a los más insolventes (*judgement proof defendants*); iv) hay muchos costes de negociación entre patronos y obreros. Para un análisis más extenso de este problema, véase SALVADOR, GÓMEZ (2002).

En España, la mayor parte de los recursos de casación resueltos por sentencia del Tribunal Supremo son casos de responsabilidad por omisión en la vigilancia o control de los hechos de otro. Así, en el caso Aznalcóllar resuelto por la **STS, 3ª, de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005\20), MP: Ricardo Enríquez Sancho,** la rotura de un dique de contención de una balsa de residuos mineros había producido el vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, el Guadiamar, cuyo cauce fue invadido por lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico. La balsa de residuos mineros era propiedad de Boliden Apirsa, SL, que, en marzo de 1996, había encargado el recrecimiento del dique de la balsa a Geocisa, SA que, a su vez, había asumido el control de la instalación. El Tribunal Supremo confirmó en lo sustancial el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2.8.2002 en cuya virtud, conforme a los arts. 89, 108 f) y g) y 110.1 de la Ley 29/1985, de Aguas, había sancionado a Boliden Apirsa, SL con una multa de 601.012,1 € y le había condenado al pago de 2.870.181,66 € por los daños al dominio público hidráulico y a abonar 41.606.316,75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos. Entre otros argumentos, el Tribunal Supremo fundamenta su decisión en clave de omisión: "A Boliden Apirsa, S.L., le era exigible, como titular de la explotación minera el deber de mantener la balsa en las adecuadas condiciones de seguridad y la omisión de ese deber comporta ese elemento de culpabilidad que la Administración ha tenido en cuenta al dictar el acuerdo de que trae causa este proceso. (...) A Boliden Apirsa, S.L., le es imputable la culpa en la elección de esa empresa (Geocisa) y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener la seguridad en una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad" (FD 11º).

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "Quien contamina paga (...) si alguna jurisdicción es competente para condenarlo. Conflictos de jurisdicción en el caso Boliden", *InDret 2/2012*, pp. 6-7:

"Boliden demandó ante la jurisdicción civil a las empresas 'Intecsa-Inarsa', diseñadora de la balsa, 'ACS, Actividades de Construcción y Servicios, S. A.', ejecutora del proyecto de construcción, y 'Geotecnia y Cimientos, S. A.', encargada del mantenimiento de la balsa desde el año 1996 y ejecutora del proyecto de ampliación de la escombrera, así como a 'Banco Vitalicio', compañía aseguradora de 'ACS' y de 'Geotecnia'. La demanda solicitaba la condena solidaria de todos ellos al pago de 115.213.210 euros, por los incumplimientos de los respectivos contratos, para reembolsar a Boliden las cantidades a las que le había condenado el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2002 (sanción de 601.012,1 euros, el importe más elevado que el

artículo 109 de la Ley de Aguas vigente en el momento del accidente permitía imponer por la comisión de una infracción muy grave; obligación de pago de una indemnización de 2.870.181,66 euros, por los daños causados al dominio público hidráulico; obligación de abonar 41.606.361,75 euros, por los gastos de reposición de la zona afectada a la situación anterior a la catástrofe)" [y] en previsión del pago [de] otras entidades [que] en concreto la Junta de Andalucía pudier[a] reclamar de Boliden como consecuencia del accidente".

[La] "STS, 1ª, 963/2011, de 11 de enero de 2012 (…) ha confirmado las sentencias desestimatorias de las instancias y ha declarado no haber lugar al recurso de casación por infracción procesal interpuesto por Boliden. Para la jurisdicción civil (…) de igual modo que para la jurisdicción contencioso-administrativa, no hay otro responsable del desastre que Boliden, empresa explotadora de la mina:

"La [sentencia] de primera instancia tuvo muy en cuenta el informe de los peritos presentado en las diligencias previas penales, si bien interpretándolo en un sentido no totalmente coincidente con el propuesto por la demandante hoy recurrente y, desde luego, poniéndolo en relación, mediante una muy meritoria labor de la magistrada-juez, con todas las demás pruebas practicadas en el proceso civil, llegando así a la conclusión de que no hubo incumplimiento contractual de las demandadas y sí, en cambio, participación relevante de la propia Boliden, por medio de un representante suyo técnicamente cualificado, en el proyecto que ella misma considera defectuoso, así como actuaciones propias de Boliden en la balsa que pudieron contribuir a la rotura más relevantemente que cualesquiera cálculos erróneos sobre el comportamiento de las llamadas margas azules del Guadalquivir" (FD. 9º).

La responsabilidad exclusiva de Boliden ha venido confirmada, de hecho, por las decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que han confirmado la ausencia de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento anormal de los servicios de inspección y control de las instalaciones de la mina en los procesos de responsabilidad patrimonial iniciados por diversas empresas y entidades afectadas por los vertidos tóxicos. Así, entre otras, las SSTS, 3ª, 29.9.2012 (RJ 6865), 12.12.2011 (RJ 2012\2672), 6.3.2012 (JUR 101985), 13.3.2012 (JUR 130360) todas ellas confirmatorias de la declaración de ausencia de responsabilidad de la Administración.

Obsérvese que, en la omisión, la ley establece un deber de actuar que el obligado incumplió: no hay causalidad sino incumplimiento de un deber (*breach of duty*), como en la negligencia.
STS, 3ª, 17.6.2014 (RJ 2014\3453), MP: Wenceslao Olea Godoy.

El 9.3.2006, la actora circulaba por la Autopista A-7 en un tramo con buena visibilidad y en buen estado de conservación. La vía estaba formada por una sola calzada para la circulación, con tres carriles en cada sentido. La actora conducía a velocidad inadecuada, perdió el control de su vehículo, este se desplazó hacia la derecha de la calzada, se salió de la vía e impactó contra unos árboles ubicados en la cuneta y finalmente el ya malparado vehículo quedó detenido en el centro de la vía. El margen derecho de la calzada, en el punto donde se salió el vehículo de la vía, estaba junta a una cuneta, seguida de un talud y a seis metros de distancia había unos pinos de moderada envergadura, algunos con tronco de más de 15 cm de diámetro.

Hay que tener en cuenta para la comprensión del caso que la Orden Circular 321/95 recomienda la instalación de barreras de seguridad en la vía si existe un obstáculo al borde de la calzada a una distancia inferior a 6 metros.

La conductora interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración que fue desestimada por resolución de 30.5.2008 del Ministerio de Fomento, la cual a su vez fue objeto de recurso de reposición, que fue a su vez desestimado por silencio administrativo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN (29.04.2011) estimó en parte el recurso de la reclamante, anuló la resolución y concedió a la actora una indemnización de 180.000 euros.

El TS estima el recurso de casación del Abogado del Estado:

> "[…] cuando la imputación de la lesión al funcionamiento del servicio público se vincula a una omisión de la Administración en dicha prestación […] la determinación del nexo causal se complica, porque […] no es ya suficiente con que la lesión sea esa consecuencia lógica de la actividad prestacional pública, porque siempre se dará dicha conexión […]. […] o se exige algún otro presupuesto del nexo causal o la responsabilidad adquiere una extensión que no es la que se corresponde con esta institución indemnizatoria; porque siempre será la prestación del servicio de carretera el generador de la lesión. […] en tales supuestos de omisión […] la relación de causalidad se integra de un elemento añadido al de esa conexión lógica; es decir, la necesidad de un deber -no solo una obligación- de la Administración de actuar en un determinado sentido […].

En cualquier caso, la causalidad de hecho, ya sea por acción u omisión, es un mal criterio de imputación de daños, pues plantea una infinidad de problemas en casos de causación múltiple y causación indeterminada. A continuación se plantearán algunos de los más relevantes.

1.2. Causalidad múltiple

Lo normal es que haya demasiadas causas, es decir, que haya muchos eventos sin cuyo acaecimiento tampoco se habría producido el daño. La causalidad es un criterio de imputación demasiado amplio.
Véase si no el siguiente concepto de causa total, que tomamos de uno de los mejores manuales de filosofía de la ciencia escritos en la pasada década: "[c]ada acontecimiento tiene por lo general múltiples causas. [...] La causa total de un suceso e es la suma [...] de todos los eventos c_1, c_2, ... c_n tales que, de cada c_i (1□i□n), es cierto que de no haber ocurrido c_i, y permaneciendo todo lo demás igual, tampoco habría ocurrido e" (DÍEZ, MOULINES (1997, p. 146).

Parecidamente, FUMERTON, KRESS (2001, p. 98): *"The problem is that, to get a set of conditions that is genuinely lawfully sufficient for some outcome, the set must contain indefinitely many conditions"*.

Cuando varios agentes contribuyan a causar un daño, su actuación conjunta puede crear un efecto sinérgico: la actuación de uno refuerza el efecto perjudicial de la del otro o viceversa, de forma tal que mientras la probabilidad de que cada conducta, aisladamente considerada, causara el daño es reducida, en cambio, la probabilidad de que la superposición de ambas lo cause es mucho más elevada que la suma de las probabilidades individuales. Parecidamente, KORNHAUSER, REVESZ [(1998), p. 371 y (2000), p. 626 y ss.]: si hay varios agentes potenciales de daños que actúan

secuencialmente, el primero en actuar puede no causar ningún daño porque, por ejemplo, la cantidad de vertidos que realiza es por sí sola inocua. Pero los vertidos de quienes le siguen se suman a los anteriores y, entre todos, acaban por causar graves daños. Dicho de otro modo, talar medio bosque no es necesariamente grave, pero cortar los árboles restantes sería una catástrofe. La regla, tradicionalmente aplicada por los tribunales españoles, de la responsabilidad objetiva y solidaria de los cocausantes del daño no tiene en cuenta que el segundo agente es mucho más peligroso que el primero: el veneno está en la dosis.

La concesión de acciones de regreso a quien ha pagado una indemnización por el todo limita la conclusión anterior, pero únicamente si el sistema judicial funciona razonablemente bien y gradúa la acción de regreso en función del incremento del daño causado en vez de hacerlo -en el ejemplo anterior- proporcionalmente al número de árboles talados. Además, requiere que el demandado en vía de regreso sea solvente.

En los casos de efecto sinérgico es muy discutido si hay o no un único modo lógico de imputar los daños a cada uno de los demandados [véase BEN-SHAHAR (2000), p. 659]. Algunas propuestas, con todo, estimulan la reflexión de los jueces y magistrados llamados a decidir: una de ellas, por ejemplo, define el daño marginal de cada demandado, en casos de actuación simultánea de varios dañadores, teniendo en cuenta el promedio de todas las combinaciones posibles de actos dañinos; otra apunta al hecho de que si todos los demandados se comportaron de tal modo que habría bastado la actuación de cualquiera de ellos para causar todo el daño, el régimen de responsabilidad solidaria infraincentiva un comportamiento prudente de todos ellos, pues el daño sólo se causa una vez y la acción de regreso permitirá dividir su estimación proporcionalmente al número de causantes. En casos así resulta justificada una condena por importe superior a los daños causados.

- Mª. Asunción ESTEVE PARDO, *Solidaridad impropia de deudores*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014.

1.3. Causalidad indeterminada

En el *Common Law*, la doctrina procesal civil en materia de prueba propugna que el demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es mayor de 0'5 (*preponderance of the evidence rule)*, es decir, si es más probable que haya causado el daño que lo contrario. Esta tesis es polémica.

A) Para algunos, la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es correcta. Así, supongamos [con BEN- SHAHAR (2000) p. 654, siguiendo a KAYE (1982)] un caso en el que el daño es de 100 €, pero la probabilidad de que el demandado lo haya causado es sólo del 40%. Si se aplica la regla, el demandado será absuelto, pero a costa de un error probable de 40 € (0'4 x 100 = 40). Sin embargo, supóngase ahora que rige una regla de responsabilidad proporcional a la probabilidad de haber causado el daño, es decir, bastará con que la probabilidad sea mayor que cero, pero el importe de la condena se graduará de acuerdo con aquélla. Entonces, en el caso anterior, el tribunal condenará al demandado a pagar 40 € al demandante, pero el coste del error esperado será 48 € en vez de 40 € (hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del

daño; entonces, si causó daños de 100 €, es condenado a pagar 40 y deja de pagar 60: el coste de error esperado es de 0'4 x 60 = 24. Pero también hay un 60% de probabilidad de que el demandado no causara daño alguno, en cuyo caso pagará de más los 40 € a que será condenado: aquí el coste del error esperado es de 0'6 x 40 = 24. La suma de ambos errores, fruto de la aplicación de la regla de la responsabilidad proporcional es de 24 + 24 = 48. Hay una pérdida esperada neta de 8). La regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es también defendida por otros [LEVMORE (1990)], que entienden que incentiva a los actores para que traten de reducir la incerteza del juicio aportando más pruebas. Por último, la regla mencionada puede reducir los costes de litigación, aunque sólo sea porque habrá menos casos que litigar.

B) Otros en cambio critican la tesis de la preponderancia de la probabilidad y favorecen una regla de responsabilidad proporcional. Supóngase un caso de concurrencia de causas [SHAVELL (1998), p. 212], en el que hay i) una infinidad de pequeños productores cuyas cuotas de mercado y probabilidad individual de causar daños son muy bajas; y ii) un gran productor con una cuota de mercado de más del 50%. Dado un daño imputable a algunas de las empresas de la industria y en ausencia de prueba sobre cuál de ellas lo causó, la regla tradicional llevará a que los pequeños productores sean infraincentivados a adoptar las precauciones justas, pues fácilmente evadirán toda responsabilidad, dadas las reducidas probabilidades de haberlos causado efectivamente. En cambio, el productor principal será sobreincentivado, pues, como autor de más del 50% de los daños probables, no podrá evitar la condena por la totalidad. Por eso, SHAVELL propone imponer responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación de cada cual, por pequeña que resulte (*market share liability*). La tesis apunta a un inconveniente claro de la regla de la preponderancia de la probabilidad: distorsiona los incentivos de quienes, sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño, lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados (así, en el ejemplo del apartado anterior el demandado nunca sería condenado, pues la probabilidad de que su conducta causara el daño es sólo del 0'4. La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión *recurring misses*, fallos repetidos).
Como señala BEN-SHAHAR (2000) las posiciones A) y B) del debate reflejan dos puntos de partida distintos en materia de causalidad: quienes favorecen la primera tesis privilegian una perspectiva *ex post* del derecho de daños y quienes son partidarios de la segunda ponen el acento en una visión *ex ante*, centrada en la idea de prevención de daños.

C) Una síntesis ha sido intentada por PORAT/STEIN (1997), quienes se pronuncian por una regla de responsabilidad por incerteza *(liability for uncertainty)*: responderá por un daño cuya causa es incierta la parte que originó o tuvo la mejor oportunidad de evitar la incerteza, ello llevaría a las partes a optimizar sus inversiones y despejar *ex ante* la incertidumbre, de forma que *ex post,* la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad, ya se encargaría de generar los incentivos óptimos para reducir el daño primario. Responde así quien está en mejor condición de preconstruir la prueba *(cheapest evidence providers*)".

STS, 1ª, 105/2019, de 19 de febrero, MP: Eduardo Baena Ruiz.

Un bebé de 7 meses de edad se atragantó mientras le daban la papilla en la guardería y se quedó inconsciente.La cuidadora inició maniobras de primeros auxilios, pero el bebé no reaccionaba, pidió ayuda a la directora y a otros dos cuidadores, y después llamó al 061. Consta que dejaron transcurrir 13 minutos antes de efectuar la llamada al 061. Finalmente, no esperaron a que llegara el servicio de urgencias y trasladaron al menor al hospital que se encontraba a 200 metros.

Los padres del bebé demandaron a la guardería, a la directora, a la cuidadora que había dado la papilla al bebé y a la compañía aseguradora de la guardería, y reclamaron 135.617,80 euros.

La SJPI Córdoba, 22.12.2015 estimó parcialmente la demanda y condenó a la directora y a la guardería al pago de 135.617,80 euros, "de cuyo importe la parte actora ya ha percibido de la entidad aseguradora codemandada la suma de 60.000 euros, cuyo pago consta debidamente acreditado en autos. Asimismo, y respecto de aquélla suma, [condenó] solidariamente a la [entidad aseguradora] al pago de sesenta mil euros (60.000 €), que fue objeto de allanamiento parcial (…)". Por último, absolvió a la cuidadora demandada.

Contra esta sentencia, la directora y la guardería interpusieron recurso de apelación, que fue estimado por la SAP Córdoba, Sec. 1ª, 28.6.2016, con la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia. Según la Audiencia, no resultaba exigible que los cuidadores conociesen que era necesario el traslado urgente.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de los demandantes, estimó en parte la demanda y condenó a la directora y a la guardería al pago de 60.000 euros:

"El reproche, en atención al delicado cuidado que dispensan como profesionales del negocio de guardería, es ignorar tal modo de proceder por falta de protocolo; de forma que ante un episodio de esa naturaleza el tiempo de reacción fuese un reflejo condicionado.

Que el ingreso en centro hospitalario sea más rápido que llamar al 061 depende de las circunstancias geográficas, pues si el centro hospitalario se encuentra a bastante distancia posiblemente sea mejor llamar a 061, que realizaría el traslado en una ambulancia medicalizada.

En el caso de autos en el que el centro hospitalario se encontraba a 200 metros, no hay duda que lo más rápido era el traslado al centro hospitalario,que finalmente es lo que hicieron ante la angustia del tiempo transcurrido desde el inicio del episodio, a la postre letal (FD. 6º) (…)

Pérdida de oportunidad (…)

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia [la teoría de la pérdida de oportunidad], y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo [STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)].

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habérsele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización "en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado".

La primera sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue la dictada con fecha 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371): Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por "lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que “lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas”.

Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, se aprecia que la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, y así aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo.

Si médicamente así se prevé, y basta con acudir a lo informado por los médicos forenses, es porque existe un mínimo de probabilidad de que el paciente pueda superar y conjurar el peligro de muerte.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que descender a las circunstancias singulares y concretas de este bebé para, a partir de ellas, constatar si existía certeza total de que superase el episodio y, en su caso, si sería con secuelas severas por anoxia, de haber sido inmediatamente trasladado al centro hospitalario.

O si por el contrario solo existía probabilidad, y en qué grado, de la franja central.

Como esto último es lo que se desprende de la sentencia recurrida, es lo que acoge la sala, pero, al no constar como hecho probado el concreto grado de probabilidad, fijamos la indemnización en 60.000 euros, que era la asegurada" (FD. 7º).

> La prueba de la causalidad de hecho también es una tarea ardua cuando su prueba es solo circunstancial: En *Cay v. State of Louisiana, Department of Transportation and Development* [631 50. 2d 393 (La. 1994)], la víctima había estado consumiendo bebidas alcohólicas hasta la embriaguez y había tratado de cruzar un puente de camino a su casa. El puente tenía barandillas de una altura de 32'' (81,28 cm, aproximadamente) en lugar de 36'' (91,44 cm, aproximadamente) que era el mínimo requerido por la *American Association of State Highway and Transportation Officials* (AASHTO). Los herederos de la víctima demandaron al Departamento estatal a cargo del puente alegando que una barandilla más alta habría evitado la caída mortal de la víctima. Los lectores interesados pueden leer con provecho el análisis causal que realizó el tribunal por más que aquello que realmente ocurrió nunca se sabrá con certeza.

2. Causalidad genérica y específica (*Generic Causation and Specific Causation)*

La distinción entre causalidad genérica y específica es especialmente relevante en casos en que la víctima ha consumido o sido expuesta a una sustancia tóxica, como un medicamento o unos productos químicos. Mientras que la causalidad específica se refiere a la cuestión, común a todo caso de daños, de si la conducta del demandado efectivamente causó el daño al demandante, la causalidad genérica responde a la cuestión de si la conducta del demandado pertenece al tipo de actividad capaz, generalmente, de causar un daño del tipo sufrido por el demandante. La víctima de daños asociados a medicamentos deberá acreditar, para vencer en juicio, no sólo que ha consumido el medicamento concreto en circunstancias tales que hacen posible la materialización del daño -período de consumo, dosis, circunstancias personales de la víctima tales como la edad, los hábitos o antecedentes médicos y familiares- (causalidad específica), sino además, y de forma previa, que el producto es, conforme al estado de la ciencia y de la técnica disponible, idóneo o capaz en abstracto de producir aquel daño (causalidad genérica). El éxito de la acción de daños dependerá entonces de la validez de la prueba pericial que apoye la alegación de la víctima sobre la causalidad genérica (James A. Henderson Jr., Rucgard N. Pearson, Douglas A Kysar y John A. Siciliano (2007), *The Torts Process*, 7ª ed., Wolters Kluwer, Nueva York, pp. 106, 112-116). En derecho español, rige la regla de libre apreciación por el juez de la prueba pericial (art. 348 Ley de Enjuiciamiento Civil: "[e]l tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica").

Así, pregunta por la causalidad genérica quien inquiere sobre si tal sustancia es idónea para causar un daño de la misma naturaleza que sufrió la víctima, mientras que pregunta sobre la causalidad específica quien investiga, en el caso concreto, si el daño específico sufrido por la víctima fue efectivamente originado por el consumo o exposición a la sustancia en cuestión: el tabaco es idóneo para causar cáncer de pulmón, pero el cáncer que contrajo el demandante pudo deberse a otra causa distinta, incluso en el caso de que el paciente fuera o hubiera sido fumador.

La distinción entre causalidad genérica y causalidad específica no siempre es tenida en cuenta por todas las jurisdicciones o, al menos, no siempre lo es de forma sostenida por una misma jurisdicción, como, para el caso de la europea, muestran los materiales complementarios siguientes:

2.1. Material complementario:

2.1.1. STJUE, 5.3.2015. *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt-DIe Gesundheitskasse* (Asunto C-503/13) y c. *Betriebskrankenkasse RWE* (Asunto C- 504/13)

G. GmbH & Co. Medizintechnik KG (posteriormente, fusionada con Boston Scientific Medizintechnik GmbH) es la importadora en Alemania de dos modelos de marcapasos y un modelo de desfibrilador automático fabricados por la sociedad estadounidense G. Corporation (hoy G.S. Corporation).

En el año 2005, mediante sus sistemas de control, dicha sociedad advirtió en estos modelos sendos problemas de seguridad: Los modelos de marcapasos presentaban un riesgo de avería de entre 17 y 20 veces mayor de lo normal y un defecto de diseño en uno de los componentes que podía producir el agotamiento prematuro de la batería con pérdida de telemetría (sistema de control a distancia del marcapasos) o pérdida de la terapia de estimulación sin previo aviso. Por otro lado, el modelo de desfibrilador automático presentaba un defecto en una de las piezas -el interruptor magnético- en tanto que este podía quedar bloqueado y afectar a la función de detección y tratamiento de las arritmias cardíacas. Cualquiera de estos problemas de seguridad en un caso de accidente cardiovascular hubiera impedido salvar la vida del paciente (Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, 21.10.2014, párrafos núm. 52 y 53, versión en español, STJUE, párrafos núm. 14 y 20, versión en español, aunque nótese que, más adelante, el TJUE establece de manera contradictoria que "en lo que respecta a los desfibriladores (...), el hecho de que el bloqueo provisional del tratamiento de la taquiarritmia únicamente pueda efectuarse en tal supuesto con la ayuda de un programador tiene la consecuencia, no de un riesgo para la salud, sino solamente de una limitación de las funciones de dichos desfibriladores"). A la vista de la gravedad de los riesgos que presentaban los productos, en julio y junio de 2005, respectivamente, la sociedad importadora recomendó a los médicos que considerasen la sustitución de los marcapasos (STJUE, párrafo núm. 15) y, en el caso de los desfibriladores, recomendó que se desactivase el interruptor magnético (STJUE, párrafo núm. 21), pues esta era una medida suficiente para eliminar el riesgo.

Entre 2005 y 2006, dos pacientes portadores de los marcapasos afectados por la recomendación de retirada y un tercero que llevaba implantado el desfibrilador se sometieron a segundas intervenciones de extracción y sustitución de tales aparatos, sin que surgieran complicaciones médicas.

Los dos procedimientos judiciales de ámbito nacional se iniciaron mediante sendas acciones de subrogación ejercitadas por dos compañías de seguro médico que previamente habían pagado a los pacientes afectados ciertas cantidades en concepto de gastos médicos. Los tribunales alemanes de primera y segunda instancias estimaron las respectivas demandas (aunque el Tribunal de Apelación en el procedimiento relativo al desfibrilador rebajó la cuantía solicitada por la aseguradora), y la sociedad Boston Scientific Medizintechnik interpuso sendos recursos de revisión solicitando su desestimación.

El Tribunal Supremo federal alemán decidió suspender los procedimientos y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales que se formulan en términos similares en los dos asuntos:

"1) ¿Se ha de interpretar el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 85/374 en el sentido de que, cuando se trata de un producto médico implantado en el cuerpo humano (en este caso, un marcapasos [y un desfibrilador automático implantable]), un producto es defectuoso desde el momento en que los marcapasos del mismo modelo presentan un riesgo de avería significativamente mayor [o desde el momento en que un número significativo de desfibriladores de la misma serie presentan disfunciones], aunque en el aparato implantado en el caso concreto no se haya detectado defecto alguno?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Los costes de la operación para la extracción del producto y para la implantación de otro marcapasos [o de otro desfibrilador] constituyen daños causados por lesiones corporales en el sentido de los artículos 1 y 9, primera frase, letra a), de la Directiva 85/374?

(…)

36 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que la comprobación de un posible defecto de productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto.

[…]

39 En lo que respecta a los dispositivos médicos, tales como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables de que se trata en los litigios principales, ha de señalarse que, habida cuenta de su función y de la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan esos dispositivos, los requisitos de seguridad relativos a ellos, que tales pacientes pueden esperar legítimamente, son particularmente elevados.

[…]

41 En estas circunstancias, la comprobación de un posible defecto de tales productos que pertenecen a un mismo modelo o a la misma serie de producción permite calificar de defectuosos todos los productos de ese modelo o serie, sin que sea necesario demostrar el defecto del producto de que se trate.

42 Una interpretación en este sentido está, además en armonía con los objetivos que persigue el legislador de la Unión, en particular, como se desprende de los considerandos segundo y séptimo de la Directiva 85/374, garantizar el justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna y un justo reparto de esos riesgos entre el perjudicado y el productor.

43 De todas las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, de la referida Directiva debe interpretarse en el sentido de que la comprobación de un posible defecto de los productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto.

Sobre la segunda cuestión

44 Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si los artículos 1 y 9, párrafo primero, letra a), de la Directiva 85/374 deben interpretarse en el sentido de que el daño causado por una operación quirúrgica en la que se sustituye un producto defectuoso, como un marcapasos o un desfibrilador automático implantable, constituye «daños causados por muerte o lesiones corporales», de los que es responsable el productor.

[…]

47 Como señaló el Abogado General en los puntos 61 a 63 de sus conclusiones, el concepto de «daños causados por muerte o lesiones corporales», en el sentido del artículo 9, párrafo primero, letra a), de la Directiva 85/374, debe recibir una interpretación amplia a la vista del objetivo de protección de la seguridad y de la salud de los consumidores perseguido por dicha Directiva con arreglo a sus considerandos primero y sexto.

[…]

49. La reparación del daño se refiere, por lo tanto, a todo lo necesario para eliminar las consecuencias indemnizables y para restablecer el nivel de seguridad al que una persona tiene legítimamente derecho, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva.

50. Por consiguiente, en el caso de dispositivos médicos, tales como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, defectuosos en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la referida Directiva, la reparación del daño debe incluir necesariamente los costes ligados a la sustitución del producto defectuoso.

[…]

52 […] ha de señalarse que los costes ligados a la sustitución de esos marcapasos, incluidos los gastos de las operaciones quirúrgicas, son constitutivos de daños, en el sentido del artículo 9, párrafo primero, letra a), de la Directiva 85/374, de los que el productor es responsable en virtud del artículo 1 de dicha Directiva.

53 Esta apreciación puede ser diferente en el caso de los desfibriladores automáticos implantados, puesto que, tal como se desprende de la resolución de remisión en el asunto C-

504/13, G. únicamente había recomendado desactivar el interruptor magnético de esos dispositivos médicos.

54 A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, habida cuenta de la situación de particular vulnerabilidad de los pacientes que utilizan un desfibrilador automático implantable, tal desactivación es adecuada para eliminar el defecto de dicho producto que supone un riesgo anormal de daños para los pacientes afectados o si es necesaria una sustitución de dicho producto a fin de eliminar ese riesgo.

[…]

Costas

56 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que la comprobación de un posible defecto de productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto.

2) Los artículos 1 y 9, párrafo primero, letra a), de la Directiva 85/374 deben interpretarse en el sentido de que el daño causado por una operación quirúrgica en la que se sustituye un producto defectuoso, como un marcapasos o un desfibrilador automático implantable, constituye «daños causados por muerte o lesiones corporales», de los que es responsable el productor, cuando dicha operación sea necesaria para eliminar el defecto del producto considerado. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si en los litigios principales se cumple este requisito".

El TJUE concluyó que es posible calificar de defectuoso, conforme al art. 6 Directiva 85/374/CEE, un marcapasos o un desfibrilador implantados en el cuerpo humano con base en la mera posibilidad de que tengan una avería, aunque no se haya comprobado efectivamente que funcionen incorrectamente o, en términos del propio TJUE, "sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto" (Decisión del TJUE, punto 1). En consecuencia, y como respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada, el TJUE entiende que el daño derivado de la operación quirúrgica de sustitución del producto sanitario defectuoso es indemnizable siempre que dicha operación sea necesaria para eliminar el defecto (Decisión del TJUE, punto 2).

Los casos alemanes que motivan la STJUE, de 5 de marzo de 2015, afectan a productos –marcapasos y desfibriladores automáticos implantados– sobre los que su importador descubrió un riesgo de avería anormal que, de materializarse, habría sido letal para el paciente en caso de producirse un accidente cardiovascular, pero finalmente aquel riesgo no acabó materializándose.

Dada la especificidad de estos productos –productos sanitarios implantables activos–, los pacientes afectados tuvieron que soportar otros daños colaterales vinculados a aquel riesgo de avería.

La manera habitual de eliminar un riesgo de avería importante en productos implantados pasa porque el paciente se someta a una segunda intervención quirúrgica de extracción del producto y de sustitución por otro nuevo, lo que causa, como mínimo y si no surge ninguna otra complicación, unos gastos por el tratamiento médico y una incapacidad temporal para el paciente que no podrá desarrollar su ocupación laboral o sus actividades ordinarias durante el período de tratamiento y recuperación.

Conforme al derecho de la responsabilidad civil por producto, la falta de comprobación de la avería o fallo en el producto en concreto nunca ha sido un elemento decisivo para calificar un producto como defectuoso, ya que el mero riesgo, anormal o irrazonable, de avería de un producto, que puede estar presente en todas las unidades de la serie por afectar al diseño o composición, es en sí mismo un defecto conforme al artículo 6 de la Directiva 85/374/CEE. ¿Qué otras comprobaciones adicionales harían falta? Un producto no deja de ser defectuoso por el hecho de que un riesgo así no se concrete en un daño físico para el consumidor, pues el derecho de responsabilidad civil del fabricante nunca ha exigido como presupuesto del defecto la materialización del riesgo en un daño físico ni, mucho menos, que ha exigido que la falta de seguridad se concrete en una avería efectiva o en una "anomalía intrínseca".

Para completer el razonamiento, hubiera sido deseable que el TJUE hubiera acogido también los argumentos que del Abogado General relativo al concepto de defecto: la "seguridad a que tiene derecho a esperar el gran público" debe referirse "(…) al producto que presenta riesgos que comprometan la seguridad de su usuario, que revistan un carácter anormal, no razonable, y que excedan de los riesgos normales inherentes a su uso (...) El incumplimiento de las condiciones de seguridad (...) reside, por tanto, (...) en que el daño potencial que el producto es susceptible de provocar la persona o en los bienes de su usuario sea anormal. En otros términos, el defecto, en el sentido del art. 6.1 Directiva 85/374/CEE, es "un riesgo de daño que presenta un grado de gravedad tal que menoscaba el derecho de seguridad al que el público tiene legítimo derecho" (Conclusiones del Abogado General, párrafo núm. 30) y "supeditar la prueba de un defecto de seguridad a que sobrevenga un daño equivaldría a ignorar la función preventiva asignada a la normativa de la Unión en materia de seguridad de los productos" (párrafo núm. 38).

Respecto a la cuestión de los daños indemnizables, el TJUE sostuvo, en la línea seguida por el Abogado General, una interpretación amplia del concepto de "daños causados por muerte o lesiones corporales" que comprendiera todos los daños causados al usuario del producto calificado como defectuoso. "La reparación del daño se refiere (...) a todo lo necesario para eliminar las consecuencias indemnizables" (...) Por consiguiente, en el caso de dispositivos médicos (...) implantables, defectuosos (...), la reparación del daño debe incluir necesariamente los costes ligados a la sustitución del producto defectuoso" (STJUE párrafos núms. 49 y 50).

2.1.2. STJUE 21.6.2017. Perjudicados c. Sanofi Pasteur MSD SNC et al. (Asunto C-621/15)

El 23 de noviembre de 2015, el Tribunal Supremo francés planteó una cuestión prejudicial al TJUE sobre la existencia de causalidad y defecto en el siguiente supuesto:

En diciembre de 1998, y en enero y julio de 1999, el Sr. W, ciudadano francés, recibió sendas dosis de la vacuna contra la hepatitis C, fabricada por Sanofi Pasteur MSD. En agosto de 1999, el Sr. X comenzó a sufrir los primeros síntomas de la esclerosis múltiple, una enfermedad que finalmente fue diagnosticada en noviembre de 2010. La esclerosis causó primero al Sr. W una discapacidad del 90% y falleció en noviembre de 2011 por esta enfermedad.

Antes de la vacunación, el Sr. W no mostró síntomas de la enfermedad ni tenía una predisposición personal a sufrirla, tampoco constaba ninguna enfermedad neurológica en la historia clínica de su familia.

El Sr. W y, después de su muerte, sus herederos interpusieron una demanda en Francia contra Sanofi. Los demandantes argumentaron que, según la jurisprudencia, en el ámbito de los medicamentos la relación causal entre el defecto y el daño podía establecerse mediante el uso de presunciones judiciales. Algunos hechos, como el tiempo transcurrido entre la administración de la vacuna y la aparición de la enfermedad o la ausencia de predisposición médica familiar o personal a sufrir la enfermedad, eran pertinentes para fundamentar una presunción de causalidad. La jurisprudencia francesa había admitido que en casos de incertidumbre científica cabe considerar acreditada la relación de causalidad si concurren circunstancias de hecho, como la proximidad temporal entre la administración de la vacuna y la enfermedad, junto con la falta de antecedentespersonales y familiares de la misma.

El Tribunal de Apelación de París anuló la sentencia de primera instancia, que había estimado la demanda, porque consideró que los hechos alegados por la parte demandante no podían constituir, ni conjunta ni separadamente, presunciones sólidas sobre la relación de causalidad.

Los demandantes recurrieron esta sentencia ante el Tribunal Supremo francés, que planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

"1) ¿En el ámbito de la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos por los daños causados por las vacunas que fabrican, se opone el artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos (Directiva 85/374) a un medio de prueba según el cual el juez que conoce del fondo puede estimar, en ejercicio de su facultad soberana de apreciación, que los elementos de hecho invocados por el demandante constituyen presunciones sólidas, concretas y concordantes capaces de demostrar el defecto de la vacuna y la existencia de una relación de causalidad entre dicho defecto y la enfermedad, a pesar de haberse constatado que la investigación médica no establece una relación entre la vacunación y la aparición de la enfermedad?
2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿se opone el artículo 4 de la Directiva [85/374], a un sistema de presunciones según el cual la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considerar en todo caso probada si concurren determinados indicios de causalidad?
3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 4 de la Directiva [85/374], en el sentido de que la prueba, que incumbe al perjudicado, de la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por aquél, sólo se entenderá aportada si se demuestra dicha relación de causalidad con arreglo a criterios científicos? (…)

Primera cuestión prejudicial

22 [P]rocede señalar de entrada que la Directiva 85/374 no incluye ninguna definición del concepto de «causalidad» en el sentido de sus artículos 1 y 4. En cambio, el concepto de «defecto» en el sentido de estos artículos se define en el artículo 6 de esta Directiva.

(…)

24 Además, en lo que respecta a la prueba, es preciso subrayar que, si bien, tal y como se recuerda en el apartado 19 de la presente sentencia, el artículo 4 de la Directiva 85/374 establece que la carga de la prueba incumbe al perjudicado, ni dicho artículo 4 ni ninguna otra disposición de la Directiva regulan ningún otro aspecto de la aportación de dicha prueba (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de noviembre de 2014, Novo Nordisk Pharma, C‑310/13, EU:C:2014:2385, apartados 25 a 29).

25 En tales circunstancias, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal y sin perjuicio de los principios de equivalencia y efectividad, establecer las modalidades de práctica de la prueba, los medios de prueba admisibles ante el órgano jurisdiccional nacional competente o los principios que rigen la apreciación por parte de ese órgano jurisdiccional de la fuerza probatoria de los elementos de prueba que se le han presentado, así como el nivel de prueba exigido (véanse, por analogía, la sentencia de 15 de octubre de 2015, Nike
European Operations Netherlands, C‑310/14, EU:C:2015:690, apartados 27 y 28, y la sentencia de 21 de enero de 2016, Eturas y otros, C‑74/14, EU:C:2016:42, apartados 30 y 32).

26 En lo que atañe más concretamente al principio de efectividad, éste exige, respecto de la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 10 de abril de 2003, Steffensen, C‑276/01, EU:C:2003:228, apartado 60 y jurisprudencia citada).

27 En lo que concierne, más concretamente, a la Directiva 85/374, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la regulación nacional de la práctica y la valoración de la prueba no debe menoscabar ni el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 4 de dicha Directiva, ni, de manera más general, la efectividad del régimen de responsabilidad previsto por ella o los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de dicho régimen (véase, en este sentido, la sentencia
de 20 de noviembre de 2014, Novo Nordisk Pharma, C‑310/13, EU:C:2014:2385, apartados 26 y 30 y jurisprudencia citada).

28 A este respecto, es cierto que un régimen probatorio nacional como el que es objeto de la primera cuestión prejudicial puede facilitar al perjudicado la tarea que le incumbe a la hora de aportar las pruebas necesarias para poder exigir la responsabilidad del productor. En efecto, de lo expuesto en la resolución de remisión se desprende, en esencia, que tal régimen no exige al perjudicado que aporte, en todo caso, pruebas concretas e irrefutables de la existencia del defecto del producto ni de la relación de causalidad entre este último y el daño sufrido, sino que autoriza al juez, en su caso, a considerar que estos extremos han quedado demostrados basándose en un abanico de indicios cuya solidez, concreción y concordancia le permitan considerar, con un elevado grado de probabilidad, que tal conclusión corresponde a la realidad.

29 No obstante, tal régimen probatorio no supone, como tal, una inversión de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado en el sentido del artículo 4 de la Directiva 85/374, puesto que dicho régimen impone a éste la carga de demostrar los distintos indicios cuya conjunción permitirá, en su caso, al juez que conozca del asunto, basar su convicción acerca de la existencia de un defecto de la vacuna y de una relación de causalidad entre éste y el daño sufrido (véase, por analogía, la sentencia de 20 de noviembre de 2014, Novo Nordisk Pharma, C‑310/13, EU:C:2014:2385, apartados 26 a 28).

30 Ha de precisarse asimismo, habida cuenta, en particular, de la circunstancia, mencionada por el órgano jurisdiccional remitente, de que la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de la vacuna y la aparición de la esclerosis múltiple, que un régimen probatorio que excluyera la posibilidad de recurrir a un método indiciario y estableciese que, a efectos de la carga de la prueba establecida en el artículo 4 de la referida Directiva, el perjudicado ha
de aportar la prueba concreta, resultante de la investigación médica, de la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a la vacuna y la aparición de la enfermedad, sería contrario a las exigencias derivadas de la referida Directiva.

31 En efecto, tal y como observó el Abogado General en el punto 45 de sus conclusiones, una exigencia probatoria de tales características, que supondría la exclusión de toda forma de prueba distinta de la prueba concreta derivada de la investigación médica, tendría como consecuencia que en numerosas situaciones resultaría excesivamente difícil, o incluso imposible —cuando, como en el caso de autos, resultase manifiesto que la investigación médica no permite demostrar ni refutar la existencia de una relación de causalidad— exigir la responsabilidad del productor, lo que pondría en entredicho el efecto útil del artículo 1 de la Directiva 85/374 (véase, por analogía, la sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio, 199/82, EU:C:1983:318, apartado 14).

32 Tal limitación del tipo de pruebas admisibles sería contraria, además, a ciertos objetivos perseguidos por la referida Directiva, entre los que figura, en particular, según se desprende de sus considerandos segundo y séptimo, el de garantizar el justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna entre el perjudicado y el productor (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C‑503/13 y C‑504/13, EU:C:2015:148, apartado 42) y, tal y como resulta de los considerandos primero y sexto de la misma Directiva, el de protección de la seguridad y de la salud de los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C‑503/13 y C‑504/13, EU:C:2015:148, apartado 47).

(…)

34 A este respecto, resulta importante que los principios que caracterizan el referido régimen probatorio no sean aplicados por el juez nacional de tal modo que supongan, en la práctica, el establecimiento de formas de presunción injustificadas en detrimento del productor, lo cual podría infringir el artículo 4 de la Directiva 85/374 o incluso menoscabar la propia efectividad de las normas de fondo establecidas por dicha Directiva.

35 Así podría suceder, en primer lugar, tal y como señaló el Abogado General en los puntos 54, 60 y 75 de sus conclusiones, en aquellos casos en los que los órganos jurisdiccionales nacionales aplicaran dicho régimen probatorio de manera demasiado poco exigente, contentándose con

pruebas no pertinentes o insuficientes (véase, por analogía, la sentencia de 15 de octubre de 2015, Nike European Operations Netherlands, C‑310/14, EU:C:2015:690, apartados 29 y 43).

(…)

36 En segundo lugar, también sería posible que se procediera a una aplicación errónea de la carga de la prueba si los órganos jurisdiccionales nacionales aplicaran el régimen probatorio descrito en el apartado 28 de la presente sentencia de tal modo que, cuando concurren uno o varios tipos de indicios de hecho determinados, se presuma directa y automáticamente la existencia de un defecto del producto y/o de una relación de causalidad entre dicho defecto y la aparición del daño. En tales circunstancias, el productor podría verse obligado a destruir dicha presunción para poder oponerse con éxito a la demanda incluso antes de que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo pudiera tener de los elementos de apreciación de que dispone el productor y de las alegaciones formuladas por éste

(…)

41 En el presente asunto, datos como los invocados en el marco del litigio principal, relacionados con la proximidad temporal entre la administración de la vacuna y la aparición de una enfermedad y la inexistencia de antecedentes médicos personales y familiares en relación con dicha enfermedad, así como la existencia de un número significativo de casos registrados en los que tal enfermedad apareció a raíz de la administración de la referida vacuna, parecen *a priori* constituir indicios cuya conjunción podría, en su caso, llevar al órgano jurisdiccional nacional a considerar que el perjudicado ha dado cumplimiento a la carga de la prueba que le incumbe en virtud del artículo 4 de la Directiva 85/374.

Así puede suceder, en particular, si dichos indicios llevan al juez a considerar, por un lado, que la administración de la vacuna es la explicación más plausible de la aparición de la enfermedad, y, por otro lado, que, en consecuencia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, dicha vacuna no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho en el sentido del artículo 6 de dicha Directiva, en la medida en que ocasiona un daño anormal y particularmente grave al paciente que, tratándose de un producto de esta naturaleza y habida cuenta de su función, puede esperar legítimamente un alto grado de seguridad (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C‑503/13 y C‑504/13, EU:C:2015:148, apartado 39).

(…)

Sobre la segunda cuestión prejudicial

44 Mediante su segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 4 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen probatorio basado en presunciones según el cual, cuando la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de una vacuna y la aparición de la enfermedad que padece el perjudicado, la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considera en todo caso probada si concurren ciertos indicios fácticos predeterminados de causalidad.

(…)

47 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente parece albergar dudas acerca de si él mismo, o, en su caso, el legislador nacional, puede enumerar ciertos tipos de indicios materiales predeterminados cuya conjunción podría llevar automáticamente, mediante presunciones, a demostrar la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a la vacuna y la aparición de la enfermedad.

(…)

52 En cambio, la utilización, por el legislador nacional, o, en su caso, por el órgano jurisdiccional supremo nacional, de un medio de prueba como el mencionado en la segunda cuestión prejudicial, según el cual la existencia de una relación de causalidad entre el defecto atribuido a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considera en todo caso probada si concurren ciertos indicios fácticos predeterminados de causalidad, supondría, en particular, una infracción de la norma relativa a la carga de la prueba establecida en el artículo 4 de la Directiva 85/374.

53 Por un lado, al precisar, en su cuestión prejudicial, que una vez demostrados ciertos hechos así predefinidos, la existencia de tal relación de causalidad «se considera en todo caso probada», el órgano jurisdiccional remitente parece haber querido referirse a una presunción *iuris et de iure*. Pues bien, este tipo de presunción tendría como consecuencia que, aun cuando los hechos así predefinidos no permitieran en un determinado supuesto demostrar con certeza la existencia de tal relación de causalidad, el productor se vería, en tal caso, privado de toda posibilidad de aportar elementos fácticos o de formular alegaciones, por ejemplo, de carácter científico, para intentar destruirla, y el juez se vería así privado de toda posibilidad de apreciar los hechos a la luz de tales elementos o alegaciones. Debido a su automatismo, tal situación no sólo vulneraría el principio establecido en el artículo 4 de la Directiva 85/374, que requiere que la carga de la prueba del defecto y de la relación de causalidad incumba al perjudicado, sino que también podría menoscabar la efectividad misma del régimen de responsabilidad establecido por dicha Directiva. De este modo, el juez se vería obligado a aceptar la existencia de uno de estos tres requisitos, a los que se halla supedita la responsabilidad del productor en virtud de la referida Directiva, sin poder siquiera examinar si los demás elementos de apreciación aportados en el caso concreto de que conoce podrían llevar a la conclusión contraria.

55 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen probatorio basado en presunciones según el cual, cuando la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de una vacuna y la aparición de la enfermedad de que padece el perjudicado, la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considera en todo caso probada si concurren ciertos indicios fácticos predeterminados de causalidad.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

56 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la tercera cuestión prejudicial".

En la sentencia de 21 de junio de 2017, C-621/15, el TJUE ha determinado que es compatible con la Directiva 85/374 que los jueces nacionales impongan responsabilidad al laboratorio

farmacéutico sobre la base de pruebas circunstanciales aportadas por el demandante, porque, de entrada, las cuestiones relativas a los estándares de prueba y a los tipos de pruebas no forman parte del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374 (véanse las decisiones del TJCE, 20.11.2014, C-310/13, Novo Nordisk Pharma contra S, 21.12.2011, C-495/10; Centro hospitalario universitario de Besançon contra Thomas Dutrueux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura, 4.6.2009, C-285/08; Moteurs Leroy Somer contra Dalkia France, Ace Europe, 25.4.2002, C-183/00; María Victoria González Sánchez contra Medicina Asturiana, SA). No obstante, los tribunales nacionales deben velar porque la aplicación de la prueba circunstancial no resulte en una violación de la norma sobre carga de la prueba prevista en el artículo 4 ni menoscabe la eficacia del sistema de responsabilidad previsto por la Directiva.

La decisión es coherente con la jurisprudencia del TJCE, según la cual la Directiva no pretende armonizar exhaustivamente el ámbito de la responsabilidad por los productos defectuosos más allá de las cuestiones reguladas. Sin embargo, plantea cuestiones legales interesantes sobre la causalidad y el defecto en casos de incertidumbre científica:

En primer lugar, la decisión del TJCE no separa adecuadamente el concepto de defecto del concepto de causalidad. Aun admitiendo que las pruebas circunstanciales permitan al juez presumir la relación de causalidad entre la vacuna y la enfermedad, no es compatible con la Directiva derivar de esa relación de causalidad, como consecuencia natural e inmediata, la existencia de un defecto en la la vacuna. De acuerdo con el derecho general de daños, esta inferencia sólo sería posible si fuera aplicable al caso la doctrina de la res ipsa loquitur (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de Francia, 24 de enero de 2006, Aventis Pasteur MSD, Bull. I. No. 33 p.31, sobre un efecto adverso neurológico conocido de una vacuna contra la Hepatitis B).

En segundo lugar, algunos tribunales franceses y la decisión del Tribunal de Justicia ignoran la distinción tradicional entre la causalidad genérica y la causalidad específica. Si un producto no es idóneo, de acuerdo con el estado de la técnica, para causar la enfermedad, no puede darse por acreditada la causalidad específica. La proximidad temporal entre la vacunación y la enfermedad sólo puede considerarse un indicio de causalidad si la vacunación puede efectivamente ser la causa de la enfermedad. Algunos autores franceses tratan de justificar la presunción de causalidad en la idea de que la causalidad jurídica no es causalidad científica. Esto es cierto, pero la primera no puede contradecir abiertamente la segunda (Jean-Sebastien Borghetti, Causation in Hepatitis B. Vaccination Litigation in France: Breaking Through Scientific Uncertainty?, 91 *Chi.-Kent.L.Rev.* 543 (2016)). Una regulación de referencia en esta materia es el artículo 84, apartado 2, de la Ley alemana de medicamentos, *Gesetz zur Neuregelung des Arzneimittelrechts*, de 24 de agosto de 1976, qué preve una presunción de causalidad en los casos en que el medicamento es capaz de causar la enfermedad:

"Si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, resultare que el producto farmacéutico administrado es apto para ocasionar el daño, se presumirá que éste ha sido causado por dicho producto. La aptitud en cada caso concreto se apreciará teniendo en cuenta la composición y la posología del producto administrado, el modo y la duración de su administración conforme a las indicaciones, la relación temporal con la producción del daño, las características del daño y el estado de salud del perjudicado en el momento de la administración, así como las demás circunstancias que en el caso concreto se consideren propicias o contrarias a la causalidad del daño. [...]".

En tercer lugar, la decisión del TJUE no tiene en cuenta el conocimiento científico sobre los riesgos del producto e ignora, por lo tanto, que el concepto de seguridad de medicamentos y productos sanitarios previsto en la regulación europea se basa en el equilibrio entre los riesgos y beneficios conocidos del producto, en la observación científica sobre uso del producto, así como en los experimentos científicos realizados sobre el producto. En las jurisdicciones norteamericanas, la sentencia Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (509 US 579 (1993) y el artículo 702 de las Federal Rules of Evidence establecieron una regla fundamental según la cual las decisiones judiciales deben considerar los conocimientos científicos y técnicos del experto cuando su opinión pueda ayudar a determinar los hechos relevantes del caso.

3. Causalidad alternativa *(Alternative Causation)*

Remisión: pluralidad de causantes de un mismo daño indivisible y responsabilidad solidaria (*Joint and Several Liability*).

Los casos de causalidad alternativa plantean la cuestión del tránsito de la responsabilidad individual a la colectiva: uno o varios de los codemandados, pero no todos ellos, han causado el daño y no se sabe cuál o cuáles han sido. ¿Pueden ser condenados todos? El caso clásico es Summers v. Tice.

3.1. *Summers v. Tice* [33 Cal. 2d 80, 199 P.2d 1 (1948)]

CARTER, J. Each of the two defendants appeals from a judgment against them in an action for personal injuries. Pursuant to stipulation the appeals have been consolidated.

Plaintiff's action was against both defendants for an injury to his right eye and face as the result of being struck by bird shot discharged from a shotgun. The case was tried by the court without a jury and the court found that on November 20, 1945, plaintiff and the two defendants were hunting quail on the open range. Each of the defendants was armed with a 12 gauge shotgun loaded with shells containing 7 1/2 size shot. Prior to going hunting plaintiff discussed the hunting procedure with defendants, indicating that they were to exercise care when shooting and to "keep in line." In the course of hunting plaintiff proceeded up a hill, thus placing the hunters at the points of a triangle. The view of defendants with reference to plaintiff was unobstructed and they knew his location.

Defendant Tice flushed a quail, which rose in flight to a 10-foot elevation and flew between plaintiff and defendants. Both defendants shot at the quail, shooting in plaintiff's direction. At that time defendants were 75 yards from plaintiff. One shot struck plaintiff in his eye and another in his upper lip. Finally it was found by the court that as the direct result of the shooting by defendants the shots struck plaintiff as above mentioned and that defendants were negligent in so shooting and plaintiff was not contributorily negligent. (…)

The problem presented in this case is whether the judgment against both defendants may stand. It is argued by defendants that they are not joint tortfeasors, and thus jointly and severally liable,

as they were not acting in concert, and that there is not sufficient evidence to show which defendant was guilty of the negligence which caused the injuries -the shooting by Tice or that by Simonson.

Considering [this argument], we believe it is clear that the court sufficiently found on the issue that defendants were jointly liable and that thus the negligence of both was the cause of the injury or to that legal effect. (...) It thus determined that the negligence of both defendants was the legal cause of the injury -or that both were responsible. Implicit in such finding is the assumption that the court was unable to ascertain whether the shots were from the gun of one defendant or the other or one shot from each of them. The one shot that entered plaintiff's eye was the major factor in assessing damages and that shot could not have come from the gun of both defendants. It was from one or the other only. (…)

1. Dean Wigmore has this to say: "When two or more persons by their acts are possibly the sole cause of a harm, or when two or more acts of the same person are possibly the sole cause, and the plaintiff has introduced evidence that the one of the two persons, or the one of the same person's two acts, is culpable, then the defendant has the burden of proving that the other person, or his other act, was the sole cause of the harm. (b) (...) The real reason for the rule that each joint tortfeasor is responsible for the whole damage is the practical unfairness of denying the injured person redress simply because he cannot prove how much damage each did, when it is certain that between them they did all; let them be the ones to apportion it among themselves. Since, then, the difficulty of proof is the reason, the rule should apply whenever the harm has plural causes, and not merely when they acted in conscious concert." (Wigmore, Select Cases on the Law of Torts, § 153.)

2. When we consider the relative position of the parties and the results that would flow if plaintiff was required to pin the injury on one of the defendants only, a requirement that the burden of proof on that subject be shifted to defendants becomes manifest. They are both wrongdoers -both negligent toward plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, hence it should rest with them each to absolve himself if he can. The injured party has been placed by defendants in the unfair position of pointing to which defendant caused the harm. If one can escape the other may also and plaintiff is remediless. Ordinarily defendants are in a far better position to offer evidence to determine which one caused the injury. (…)

In addition to that, however, it should be pointed out that the same reasons of policy and justice shift the burden to each of defendants to absolve himself if he can -relieving the wronged person of the duty of apportioning the injury to a particular defendant, apply here where we are concerned with whether plaintiff is required to supply evidence for the apportionment of damages. If defendants are independent tortfeasors and thus each liable for the damage caused by him alone, and, at least, where the matter of apportionment is incapable of proof, the innocent wronged party should not be deprived of his right to redress. The wrongdoers should be left to work out between themselves any apportionment(...) Some of the cited cases refer to the difficulty of apportioning the burden of damages between the independent tortfeasors, and say that where factually a correct division cannot be made, the trier of fact may make it the best it can, which would be more or less a guess, stressing the factor that the wrongdoers are not in a position to complain of uncertainty. (…)

The judgment is affirmed.

3.2. Ybarra v. Spangard (25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687)

GIBSON, C. J. This is an action for damages for personal injuries [paralysis and atrophy of the muscles around the shoulder] alleged to have been inflicted on plaintiff by defendants during the course of a surgical operation [appendectomy]. The trial court entered judgments of nonsuit as to all defendants and plaintiff appealed (...) We have no doubt that in a modern hospital a patient is quite likely to come under the care of a number of persons in different types of contractual and other relationships with each other (...) But we do not believe that either the number or relationship of the defendants alone determines whether the doctrine of *res ipsa loquitur* applies. The judgment is reversed.

El caso plantea un doble problema de incertidumbre, uno relativo a la causa del daño, porque se desconoce cuál de los distintos profesionales médicos que atendieron a la paciente causó el daño a la paciente, y otro relativo a la negligencia, porque no se sabe qué infracción del deber de cuidado causó el daño a la víctima. La sentencia se centra en este segundo problema y en la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* como mecanismo para solucionar la falta de prueba sobre la negligencia de los demandados, por lo que nos remitimos al capítulo 5, apartado 3.

3.3. STS, 1ª, 644/2000, de 22 de junio, MP: Alfonso Villagómez Rodil

El 27.7.1983, en Puebla de Almoradiel, falleció José S. por una gangrena gaseosa de la que había sido intervenido una semana antes. Tras la intervención, el sanitario ATS Félix V. le había administrado una inyección del producto "Dolo-Coneurase" -ácido acetilsalicílico (aspirina)- recetada por el facultativo.

Los padres del fallecido reclamaron una indemnización de 120.202 euros a Félix V. y a la aseguradora Winterthur.

La SJPI n. 2 de Quintanar de la Orden (15.12.1994) desestimó la demanda. Los demandantes interpusieron recurso de apelación, pereo la SAP de Toledo (20.5.1995) confirmo la SJPI. Los actores recurrieron en casación y el TS declaró no haber lugar al recurso:

"[C]abría apreciar en principio concurrencia de negligencia profesional en el demandado, por no haber empleado, como queda advertido, los medios sofisticados que la ciencia le proporcionaba, es decir haber inyectado con el empleo de los mismos y no mediante hervido de aguja y jeringa, que resulta no el método más seguro, no obstante su uso tradicional, a fin de evitar factores propios del germen y contaminación, pues el riesgo del material sometido a ebullición es que ésta no lo sea por el tiempo suficiente (…) [P]ero sucede y el «factum» lo pone de manifiesto, que no fue la única inyección que recibió el fallecido, sino que se le puso una segunda el día siguiente (22 de julio de 1983) en el pueblo de Miguel Esteban por el practicante de dicha localidad, sin que conste material empleado ni parte del cuerpo inyectada y aún recibió una tercera del producto Dolo-Coneurase, que le inyectó el practicante don Lucio R. N., que utilizó aguja y jeringuilla desinfectada por ebullición, produciéndose el internamiento hospitalario al siguiente día –23 de julio de 1993–" (FD. 2º).

A la causalidad alternativa -uno de los dos codemandados causó el daño, pero no los dos- se opone la concurrente -cualquiera de los codemandados se condujo de tal manera que desencadenado el daño-.

4. Causalidad concurrente *(Concurrent Causation)*

Los casos de dos incendios, procedentes de distintos focos, que se unen en uno solo, el cual causa los daños por los que se reclama son clásicos:

4.1. *Kingston v. Chicago Ry.* [191 Wis. 610, 211 N.W. 913 (1927)]

OWEN, J. We therefore have this situation: The northeast fire was set by sparks emitted from defendant's locomotive. This fire, according to the finding of the jury, constituted a proximate cause of the destruction of plaintiff's property. This finding we find to be well supported by the evidence. We have the northwest fire, of unknown origin. This fire, according to the finding of the jury, also constituted a proximate cause of the destruction of the plaintiff's property. This finding we also find to be well supported by the evidence. We have a union of these two fires 940 feet north of plaintiff's property, from which point the united fire bore down upon and destroyed the property. We therefore have two separate, independent, and distinct agencies, each of which constituted the proximate cause of plaintiff's damage, and either of which, in the absence of the other, would have accomplished such result.

It is settled in the law of negligence that any one of two or more joint tortfeasors, or one of two or more wrongdoers whose concurring acts of negligence result in injury, are each individually responsible for the entire damage resulting from their joint or concurrent acts of negligence. This rule also obtains "where two causes, each attributable to the negligence of a responsible person, concur in producing an injury to another, either of which causes would produce it regardless of the other, (...) because, whether the concurrence be intentional, actual, or constructive, each wrongdoer, in effect, adopts the conduct of his co-actor, and for the further reason that it is impossible to apportion the damage or to say that either perpetrated any distinct injury that can be separated from the whole. The whole loss must necessarily be considered and treated as an entirety (…)

It is (…)conceivable that a fire so set might unite with a fire of so much greater proportions, such as a raging forest fire, as to be enveloped or swallowed up by the greater holocaust, and its identity destroyed, so that the greater fire could be said to be an intervening or superseding cause. But we have no such situation here. These fires were of comparatively equal rank. If there was any difference in their magnitude or threatening aspect, the record indicates that the northeast fire was the larger fire and was really regarded as the menacing agency. At any rate there is no intimation or suggestion that the northeast fire was enveloped and swallowed up by the northwest fire. We will err on the side of the defendant if we regard the two fires as of equal rank.

According to well settled principles of negligence, it is undoubted that if the proof disclosed the origin of the northwest fire, even though its origin be attributed to a third person, the railroad company, as the originator of the northeast fire, would be liable for the entire damage. There is no reason to believe that the northwest fire originated from any other than human agency. It was a small fire. It had traveled over a limited area. It had been in existence but for a day. For a time it was thought to have been extinguished. It was not in the nature of a raging forest fire. The record discloses nothing of natural phenomena which could have given rise to the fire. It is morally certain that it was set by some human agency.

Now the question is whether the railroad company, which is found to have been responsible for the origin of the northeast fire, escapes liability because the origin of the northwest fire is not identified, although there is no reason to believe that it had any other than human origin. An affirmative answer to that question would certainly make a wrongdoer a favorite of the law at the expense of an innocent sufferer. The injustice of such a doctrine sufficiently impeaches the logic upon which it is founded. Where one who has suffered damage by fire proves the origin of a fire and the course of that fire up to the point of the destruction of his property, one has certainly established liability on the part of the originator of the fire. Granting that the union of that fire with another of natural origin, or with another of much greater proportions, is available as a defense, the burden is on the defendant to show that by reason of such union with a fire of such character the fire set by him was not the proximate cause of the damage. No principle of justice requires that the plaintiff be placed under the burden of specifically identifying the origin of both fires in order to recover the damages for which either or both fires are responsible.(…)

By the Court.-Judgment affirmed.

4.2. Daños causados por incendios y doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

En materia de daños causados por incendios, la Sala 1ª del Tribunal Supremo mantiene la doctrina conforme a la cual al actor, perjudicado por un incendio, le basta con probar que este tuvo su origen en la esfera de influencia del demandado. Este último deberá, si quiere negar la concurrencia de causalidad de hecho, acreditar que el fuego se debió a la actuación intencionada de terceros o proporcionar indicios serios y fundados de que el origen del incendio pudo haber provenido de causas ajenas a su posibilidad de contacto, control o vigilancia del bien en cuestión.

(a) STS, 1ª, 816/2011, de 6 de febrero de 2012, MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Sobre las 0:15 horas del 1 de julio de 2004, mientras la plataforma remolque frigorífico matrícula AAA se encontraba realizando labores de carga en el establecimiento Supersol sito en la plataforma baja de Mercamadrid, sufrió un incendio, por cortocircuito en el compresor frigorífico, que afectó tanto a la mercancía como al edificio e instalaciones del supermercado. En esa fecha la plataforma remolque era propiedad de Carrocerías Lucas y su uso correspondía a D. Eusebio en virtud de contrato de préstamo de uso celebrado el 11 de febrero de 2004. La responsabilidad civil del remolque (obligatoria y suplementaria hasta 50 millones de euros) estaba asegurada con Mapfre mediante póliza suscrita el 17 de febrero de 2004. Con anterioridad (30 de diciembre de 2003) se había asegurado con la misma entidad la cabeza tractora. Ambas pólizas estaban en vigor al ocurrir el siniestro. Por su parte, la mercantil Dinosol Supermercados. S.L. (antes Ahold Supermercados, S.L.) era arrendataria del establecimiento Supersol al tiempo de ocurrir el

incendio. En ese tiempo tenía en vigor la póliza de seguros suscrita bajo su antigua denominación con Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. que, en esencia y en los términos pactados, cubría los daños materiales, la pérdida de beneficios, la avería de maquinaria y el robo. De acuerdo con esta última póliza, Allianz abonó a Dinosol Supermercados la cantidad de 101.390,10 euros en concepto de indemnización por los daños sufridos por el incendio y objeto de cobertura.

Dinosol Supermercados, S.L. y Allianz Seguros, S.A. demandaron a D. Eusebio y a Mapfre. Dinosol Supermercados reclamó la indemnización correspondiente a los daños no cubiertos por la póliza mencionada (82.322,90 euros), y Allianz hizo lo propio con la indemnización que esta aseguradora asumió con cargo a la póliza (101.390,10 euros).

El JPI nº 4 de Majadahonda (Madrid), 6.6.2006, desestimó íntegramente la demanda al considerar que el incendio se había producido por caso fortuito. La AP Madrid, Secc. 13ª, 20.2.2008, desestimó el recurso de los demandantes, estimó la impugnación de Mapfre y confirmó, aunque con distintos razonamientos, el fallo absolutorio de primera instancia.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Dinosol Supermercados y Allianz en base a que "no existen razones para no calificar como hecho de la circulación (art. 3 RD 7/2001) el incendio que afectó al semirremolque asegurado de responsabilidad civil obligatoria y suplementaria en Mapfre, entidad que, consecuentemente, por tratarse de un siniestro no excluido de cobertura, sí se encuentra pasivamente legitimada frente a la reclamación efectuada de contrario" (…) A esta conclusión se llega valorando que el causante de los daños por los que se reclama es un semirremolque, mencionado expresamente como vehículo a motor en el artículo 2.1 RD 7/2001; que dicho vehículo no se encuentra comprendido en la exclusión del artículo 3.3 RD 7/2001, y que el incendio sobrevino cuando se encontraba estacionado en el lugar destinado a la realización de operaciones de carga y descarga del mismo, consustanciales a su condición de vehículo de transporte de mercancías, situación en que habría de mantenerse, no con vocación de permanencia, sino tan solo por el tiempo necesario para su finalización (lo que, como señaló el Juzgado al aludir a una situación de tránsito, da cuenta de la existencia de una situación de continuidad entre el hecho indudable de la circulación que representa la conducción del vehículo hasta ese lugar y el constituido por el abandono del mismo hasta el de entrega de la mercancía)" (FD 3º B).

El TS añade que "sentado que se trató de un hecho de la circulación, la responsabilidad del propietario o poseedor debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, que, contrariamente a lo señalado por la AP, sí se trata de una situación de especial riesgo, que comporta una presunción de culpa que corresponde destruir al agente, por encontrarse cercano a la fuente de peligro, y que hace que el problema se contraiga en este caso a valorar, desde el punto de vista de la causalidad, su relevancia causal, es decir, si su actuación negligente pudo ser causalmente determinante del resultado dañoso, entendida esa relación de causalidad, no solo desde el plano fenomenológico (causalidad física) sino también desde el plano jurídico, como posibilidad de que se le pueda imputar objetivamente (causalidad jurídica). [D]e manera que al propietario y al conductor sí les correspondía velar por la seguridad del mismo, incluyendo la de todos sus mecanismos, entre ellos, el sistema de refrigeración, en cuanto estaba íntimamente relacionado con la actividad a la que estaba principalmente destinado el vehículo. No cabe, como hace la AP, desvincular la causa física del incendio (cortocircuito en el grupo frigorífico) con los deberes exigibles de adecuado mantenimiento y conservación del vehículo, pues, por más que este hubiera sido cedido escasamente cinco meses antes y dispusiera

de certificado oficial sobre su aptitud para ser usado para la finalidad con que estaba siéndolo en el momento del siniestro, su uso continuado durante este tiempo -y por tanto, con posterioridad a dicha inspección- situaba al agente en una situación de control de la fuente de peligro que le obligaba a extremar su diligencia a fin de detectar posibles incidencias, averías o defectuosos funcionamientos, con objeto de prevenir daños como los ocasionados" (FD 5º B).

Y, en definitiva, el TS "fija la indemnización correspondiente al total de los daños y perjuicios derivados del siniestro en la suma de 173.619,19 euros. De esta cantidad, los demandados deberán indemnizar solidariamente a la demandante Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., con la suma por esta satisfecha a su asegurado, de 101.390,10 euros. Y la diferencia, 72.229,09 euros, deberá ser abonada al perjudicado Dinosol Supermercados S.L." (FD 6º). Estas cantidades se incrementarán con los intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial (20.6.2005).

(b) STS, 1ª, 425/2009, de 4 de junio, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 16 de febrero de 2000 se produjo un incendio en las naves industriales propiedad de Aceites Villanueva S.A. en la zona donde la sociedad demandada, José Molina Tornero, S.L., (con consta su vinculación legal con la propietaria) había almacenado material fácilmente inflamable, de desecho y cajas de madera fina y cartón.

Aceites Villanueva S.A. demandó a Mutua General de Seguros y a la viuda de José Molina Tornero.

El JPI nº 1 de Alciza (30.10.2003) estimó en parte la demanda y condenó a la viuda de José Molina Tornero a pagar 213.839,52 euros, y a Mutua General de Seguros 75.126 euros más 7.544 euros en concepto de desescombros. La AP estimó en parte el recurso de apelación de la actora y modificó la indemnización debida por la Mútua (150.253,03 euros por daños y perjuicios y 5.868,69 euros por gastos de desescombro).

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la viuda de José Molina con base a la infracción del art. 1902 CC: "En los casos de incendio, la jurisprudencia salva las dificultades de prueba de su causa, basando la imputación objetiva en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce sobre las cosas que lo generan. De modo que admite un grado de razonable probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta, en la reconstrucción procesal de la relación causal - sentencias de 30 de noviembre de 2.001 (RJ 2001, 9919) ; 29 de abril de 2.002 (RJ 2002, 4971) ; 15 de febrero 2008 (RJ 2008, 2669)…" (FD. 4º).

(c) STS, 1ª, 485/2008, de 28 de mayo, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

En la madrugada del 6.3.1997 se originó un incendio en la vivienda de Juan Antonio, lo cual provocó daños (no se especifican) en las zonas comunes del edificio donde se hallaba, así como en las viviendas de Rodolfo, Clemente, Carlos José y Raúl. Juan Antonio tenía sobre una alfombra del salón un alargador, al que se encontraban enchufados dos teléfonos y una lámpara.

La Comunidad de Propietarios y Rodolfo, Clemente, Carlos José y Raúl demandan a Juan Antonio y su aseguradora, y solicitan una indemnización de 1.792 € así como la reparación de los desperfectos ocasionados en las zonas comunes.

El JPI nº 4 de Sueca (19.1.1999) desestima la demanda. La AP de Valencia (Sección 6ª, 15.6.2000) estima en parte el recurso de apelación y condena al demandado a pagar la suma que se determine en ejecución de sentencia.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la aseguradora del demandado:

"[H]a de mantenerse el dato de que el incendio se originó en la vivienda del demandado Juan Antonio, y más exactamente, en el enchufe múltiple utilizado por él en el salón comedor del piso(…) [L]a atribución a éste de la responsabilidad de los daños ocasionados por el fuego responde a la correcta aplicación de la más reciente doctrina de esta Sala, que se resume en la sentencia de 3 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1836) (…) [o] de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7383) , en donde la imputación de la responsabilidad de los daños causados por un incendio se realizó en atención al control o vigilancia que el demandado ejercía sobre el ámbito doméstico, afirmando que "esta Sala viene declarando que no todo incendio es por caso fortuito y que no basta para llegar a tal conclusión que el siniestro se hubiera producido por causas desconocidas (SSTS, entre otras, de 9 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8973] , 29 de enero de 1996 [RJ 1997, 6365] , 13 de junio de 1998 [RJ 1998, 4687] , 11 de febrero de 2000 y 12 de febrero de 2000 [RJ 2001, 850]), de modo que, generado un incendio dentro del ámbito de control del poseedor de la cosa -propietario o quién está en contacto con ella- hay que presumir que le es imputable, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (SSTS, entre otras, de 13 de junio de 1998 [RJ 1998, 4687] , 22 de mayo de 1999, 31 de enero y 11 de febrero de 2000, 12 de febrero [RJ 2001, 850] y 27 de abril de 2001, 24 de enero de 2002 [RJ 2002, 28]). [A]creditado el incendio causante del daño, -no importa que no esté probada la causa del mismo- 20 de abril de 2002 -no es suficiente expresar que no se ha acreditado cuál fue la causa del siniestro-, 27 de febrero (RJ 2003, 2152) y 26 de junio de 2003 (RJ 2003, 5960) -debe probarse el incendio, no el hecho, normalmente imposible, que constituye la causa concreta que lo provocó".

Esta misma orientación jurisprudencial se encuentra también en las Sentencias de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6693) (**citada por la STS, 1ª, de 15 de febrero de 2008 (RJ 2669), MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel**) , 18 de julio de 2006 (RJ 2006, 5345) (FD. 2º):

["La sentencia de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6693)(…) precisa que, cuando se produce un incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar la realidad del mismo y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, mientras que a quien tuvo la disponibilidad -contacto, control o vigilancia- de la cosa en que se originó el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa hubiera podido provenir de agentes exteriores" (FD. 2º **STS, 1ª, de 15 de febrero de 2008 (RJ 2669), MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel:** Carlos y Ernesto realizaban obras en una vivienda cuando se originó un incendio en ella y dañó las viviendas de Dolores, Lorenzo y María Dolores, que fueron parcialmente indemnizados por la compañía aseguradora "La Unión y el Fénix Español, S.A.")].

4.3. STS, 3ª, 15.1.2013 (RJ 2013\1866), MP: Wenceslao Francisco Olea Godoy.

La sociedad "Gestión de Infraestructuras, S.A.U" (GISA), propiedad de la Generalitat de Cataluña, adjudicó la ejecución de las obras públicas de construcción de la línea 9 del metro de Barcelona y de dos plantas de aparcamiento a la mercantil "FIRA 2000, S.A.", aunque la primera se reservó funciones de supervisión y de ejecución de las obras. Estas obras comportaron un movimiento continuo de tierras y la circulación de camiones y grúas, lo que causó a la gasolinera, propiedad de Carburantes Hospitalet, S.L., una pérdida de ingresos, por la disminución de ventas de carburante y la inutilización del lavadero de vehículos, valorada por la sociedad en 160.774,44 euros.

Carburantes Hospitalet, S.L. interpone reclamación ante la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalitat de Cataluña y solicita una indemnización de 160.774,44 euros. La Consejería desestima tal reclamación por resolución de 27.5.2008.

Carburantes Hospitalet, S.L. interpone recurso contencioso-administrativo. El TSJ de Cataluña (Sala CA sección 4ª, 25.5.2011) estima el recurso y condena a FIRA 2000, S.A. y a GISA al pago, por mitad, de 160.774,44 euros.

Las sociedades demandadas interponen recursos de casación ante el TS. Éste los desestima:

> "La peculiaridad de la actividad desarrollada en la estación de servicio, unido a las características de las obras ejecutadas por la Administración, comportan, a juicio de la Sala de instancia, condiciones de entidad suficiente que hacen procedente la obligación de resarcimiento" (FD. 3º).

> "[L]o que sirve de justificación a la Sala para concluir en la condena de ambas sociedades es la imposibilidad de determinar la cuantía de los daños y perjuicios (...) que eran imputables a una u otra, habida cuenta de que las obras ejecutadas por cada una de ellas se realizaron al mismo tiempo y sus efectos fueron conjunta pero imposibles de individualizar" (FD. 4º).

Una de las paradojas del derecho civil de daños, es que la negligencia sin daños no genera responsabilidad, pues, en derecho de la responsabilidad civil no hay ilícitos de peligro:

4.4. Material complementario: *Dillon v. Twin State* [85 N.H. 449, 163 A. 111 (1932)]

The defendant maintained wires to carry electric current over a public bridge in Berlin.

In the construction of the bridge there were two spans of girders on each side between the roadway and footway. In each span the girders at each end sloped upwards towards each other from the floor of the bridge until connected by horizontal girders about nineteen feet above the floor.

The wires were carried above the framework of the bridge between the two rows of girders.

To light the footway of the bridge at its center a lamp was hung from a bracket just outside of one of the horizontal girders and crossing over the end of the girder near its connection with a sloping girder. Wires ran from a post obliquely downward to the lamp and crossed the horizontal girder a foot or more above it. The construction of the wire lines over and upon the bridge is termed aerial. The wires were insulated for weather protection but not against contact.

The decedent and other boys had been accustomed for a number of years to play on the bridge in the daytime, habitually climbing the sloping girders to the horizontal ones, on which they walked and sat and from which they sometimes dived into the river. No current passed through the wires in the daytime except by chance.

The decedent, while sitting on a horizontal girder at a point where the wires from the post to the lamp were in front of him or at his side, and while facing outwards from the side of the bridge, leaned over, lost his balance, instinctively threw out his arm, and took hold of one of the wires with his right hand to save himself from falling. The wires happened to be charged with a high voltage current at the time and he was electrocuted.

The circumstances of the decedent's death give rise to an unusual issue of its cause. In leaning over from the girder and losing his balance he was entitled to no protection from the defendant to keep from falling. Its only liability was in exposing him to the danger of charged wires. If but for the current in the wires he would have fallen down on the floor of the bridge or into the river, he would without doubt have been either killed or seriously injured. Although he died from electrocution, yet, if by reason of his preceding loss of balance he was bound to fall except for the intervention of the current, he either did not have long to live or was to be maimed. In such an outcome of his loss of balance, the defendant deprived him, not of a life of normal expectancy, but of one too short to be given pecuniary allowance, in one alternative, and not of normal, but of limited, earning capacity, in the other.

If it were found that he would have thus fallen with death probably resulting, the defendant would not be liable, unless for conscious suffering found to have been sustained from the shock. In that situation his life or earning capacity had no value. To constitute actionable negligence there must be damage, and damage is limited to those elements the statute prescribes.

If it should be found that but for the current he would have fallen with serious injury, then the loss of life or earning capacity resulting from the electrocution would be measured by its value in such injured condition. Evidence that he would be crippled would be taken into account in the same manner as though he had already been crippled.

His probable future but for the current thus bears on liability as well as damages. Whether the shock from the current threw him back on the girder or whether he would have recovered his balance, with or without the aid of the wire he took hold of, if it had not been charged, are issues of fact, as to which the evidence as it stands may lead to different conclusions.

Exception overruled.

5. Causalidad sucesiva *(Succesive Causation)*

5.1. BGH NJW 1952, 1010

"[…W]enn der Verletzte durch Verschulden des Schädigers ein Bein verloren hat und es ihm 8 Jahre später infolge dieser Behinderung nicht gelingt, auf der Flucht vor plötzlich einsetzendem Artilleriebeschuß rechtzeitig den schützenden Bunker zu erreichen".

5.2. *Baker v. Willoughby* [(1970) 2 W.L.R. 50]

*"*The defendant negligently struck the plaintiff with his automobile, causing severe injury to the plaintiff's left leg and ankle. Some time later, but before trial, the plaintiff was shot in the already-disabled left leg during a robbery at his place of employment. As a result of the gunshot wound, the already disabled left leg had to be amputated. At trial, the defendant argued that he should be liable for the plaintiff's damages due to his disability only up to the time of the shooting. The trial judge rejected this argument but the court of appeal accepted it. The judgment of the court of appeal was reversed by the House of Lords, which ruled that the plaintiff's recovery for his disability was not affected by the second injury and amputation" (as quoted by HENDERSON et al., *The Torts Process*).

5.3. STS, 1ª, 461/2003, de 8 de mayo, MP: Xavier O'Callaghan Muñoz. Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria

El 7.1.1991 Marisol sufrió un accidente de esquí en Baqueira Beret que le causó una fractura de espina tibial, de la que fue auxiliada *in situ* y trasladada a Barcelona, donde fue atendida por el Dr. Carlos Antonio, que tenía contratado un seguro con Winterthur y pertenecía a "Asistencia Sanitaria Colegial, SA". El tratamiento se prolongó hasta mayo de 1992, en cuyo transcurso la paciente se sometió a tres intervenciones. Finalmente, Marisol acudió a otro doctor para que acabase el tratamiento, pero le quedaron secuelas graves que consisten en limitación de la movilidad de la rodilla derecha, atrofia muscular y una cojera irreversible.

Marisol demandó al doctor Carlos Antonio, a Winterthur y a "Asistencia Sanitaria Colegial, SA" y solicitó una indemnización de 120.202,42 €.
El JPI nº 25 de Barcelona (7.4.1995) estimó en parte la demanda y condena a Carlos Antonio y a Winterthur al pago de 72.121,45 €. La AP de Barcelona (Sección 11ª, 8.5.1997) estimó el recurso de apelación, revoca la SJPI y absolvió a los condenados en la instancia previa.

El TS estimó el recurso interpuesto por la actora, revocó la SAP y confirmó la SJPI. Así, el Tribunal Supremo afirmó en su FD 3º:

"En el presente caso, hubo una actuación médica en un dilatado período de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un «*factum*» sino una «*quaestio iuris*» revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni porqué se ha producido éste; ni

dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada.

En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia («*res ipsa loquitur*»), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheisbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*).

No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: "(...) causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora"), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad."

5.4. Causalidad sucesiva y abandono del Substantial contributing factor test

En el Common Law estadounidense, los §§ 26 y 27 del RTT han abandonado la exigencia de que cada una de las conductas enjuiciadas pueda ser considerada como un "factor sustancial" contributivo a causar el daño: basta ahora y en muchas jurisdicciones que pueda ser considerado como un "factor suficiente". Al respecto, puede verse *Ford Motor Co. V. Boomer* [736 S.E. 2d 724 (Va. 2013)], un caso en el cual los herederos de un policía fallecido en 2007 de mesotelioma (cáncer pleural cuya única causa conocida es la exposición al polvo de amianto) el cual había trabajado en su juventud en un astillero y luego como inspector de frenos de automóviles. En ambas actividades pudo haber estado expuesto al polvo de amianto en mayor medida que cualquier persona expuesta al aire ambiental: exposición relevante, resolvió el tribunal, es cualquiera que haya bastado –que haya sido suficiente- para causar el mesotelioma. Otras causas suficientes no excluyen la relevancia de la primera.

6. Causalidad probabilística *(Probabilistic Causation)*

Un perro Labrador, LAB, adiestrado por la policía de fronteras para detectar drogas, está entrenado para ladrar cuando huele el rastro o residuo de ellas y acierta nueve de cada diez veces que ladra. Es un buen perro, pues tiene una tasa de un 90% de aciertos.

Si de cada 100 pasajeros de un avión procedente de un país andino, 1 lleva drogas y LAB efectivamente ladra a uno de ellos, MULE, ¿cuál es la probabilidad de que MULE lleve drogas?

Mucha gente, cuenta Ward FARNSWORTH (*The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, The University of Chicago Press, 2007, capítulo 30, *The Base Rate*) diría que la probablidad es de un 90%. ¡Incorrecto! No preguntamos sobre la probabilidad de que LAB acierte sino sobre la de que MULE lleve drogas y esta última, de entrada es, como hemos dicho, 1%. Al pie de la escalerilla de un avión que acaba de aterrizar con cien pasajeros a bordo, LAB acertará como máximo una

vez (pues sólo un pasajero de cada cien lleva drogas), pero olfateará a los otros 99, acertará con el 90% de los casos, pero se equivocará en el 10% de los restantes, es decir, ladrará equivocadamente a 9,99 pasajeros -redondeando: a 10-. De 11 ladridos, 1 identifica a un viajero con drogas. Una tasa correcta para soportar una legislación que permite registrar a los 11 de cada 100, pero no para aguantar una que permita detenerlos con sola esa información, mucho menos condenarlos.

— *Product Rule*. Es la regla de la probabilidad compuesta: la probabilidad de que salga cara en dos tiradas consecutivas de una misma moneda es 0,5 x 0,5 = ,25, el producto, no la suma de las probabilidades individuales, tratándose de sucesos independientes. En derecho, las cosas no son tan sencillas: en un ejemplo famoso, citado por Ward Farnsworth (capítulo 29), el jurado tenía que decidir sobre si el capitán de un barco era responsable de la desaparición y probable muerte de un marinero que había caído media hora antes a las aguas frías del Atlántico sin que nadie cayera en la cuenta. El capitán decidió no virar la nave y, además, resultaba que no disponía de un cabo para lanzárselo al marinero. Imaginen que el jurado cree que el demandante tiene razón en afirmar la negligencia del capitán, pues de haber girado la nave a tiempo, habría tenido un 60% de probabilidad de encontrar al marinero vivo y si hubiera dispuesto de un cable o soga, de otro 60% de que el marinero se aferrara a ella y se salvara. A ojos del jurado, quizás el demandante debería ganar, pero si buscamos la probabilidad compuesta: 0,6 x 0,6 = 0,36, podemos concluir que el rescate habría sido poco probable. Podemos cambiar el ejemplo, pero el simple cálculo de probabilidades no resuelve todos los problemas. Así, si la omisión de llevar un cable se considera negligente en un 95% de los casos, pero la probabilidad de que arrojar un cabo en el momento justo inmediatamente posterior al grito de !Hombre al agua!, hace ello una diferencia? Una técnica usada por muchos abogados consiste en descomponer el hecho con probabilidad superior al 50% en varios que la tienen muy inferior.

— Falacia del Fiscal (*Prosecutor's Fallacy*). En un caso de California de finales de los años sesenta, *People v. Colllins*, una mujer había sido víctima de un hurto por el procedimiento del tirón. Un testigo declaró que había visto a la ladrona corriendo calle arriba y le describió como una mujer blanca con una cola de caballo, que conducía un coche amarillo acompañada por un hombre afroamericano con mostacho y barba. Al día siguiente, la policía detuvo a una mujer que respondía a tal descripción. Durante el juicio, el fiscal presentó el peritaje de un profesor de matemáticas para que testificara acerca de la regla de la probabilidad compuesta en el caso:
La probabilidad de que un coche fuera amarillo era de 1/10.
La de que un hombre llevara un mostacho, de 1/4.
La de que la mujer peinara cola de caballo, de 1/10.
La de que ella fuera rubia, 1/10.
La de que el hombre negro tuviera barba, de 1/10.
La de que el coche estuviera ocupado por una pareja interracial, de 1/100.

Fiscal y profesor explicaron al jurado que la probabilidad de que todas estas circunstancias fueran casuales podrían estimarse multiplicando las probabilidades individuales: 1/10 x 1/4 x 1/10, etc., cuyo resultado era de que había una probabilidad por un millón de que hubiera una pareja de tales características. El jurado dictó un veredicto de culpabilidad, pero el Tribunal Supremo californiano había abusado de su argumentación, pues ninguna de las bases de cálculo tenía ningún género de fundamento sólido. Más fácilmente: muchas probabilidades no eran independientes entre sí (por ejemplo, mucha gente que lleva barba también tiene bigote: llevar la una hace más probable llevar la otra). La falacia del fiscal consiste en presentar el caso como si

el jurado hubiera de comparar las probabilidades de que el acusado sea culpable con otra persona escogida al azar. Pero la cuestión legal es cómo las probabilidades de que el acusado sea culpable se comparan con la posibilidad de que cualquier otro realmente lo fuera: si una persona en 100.000 tiene los rasgos incriminadores, pero diez en un millón también los tienen, no deja de ser cierto que la probabilidad de que el primer imputado detenido sea culpable es de una contra diez: hay pues nueve probabilidades de que la detención haya sido equivocada.

The Conjunct Fallacy. Sigue Farnsworth: Linda tiene 32 años, es soltera, extrovertida y muy brillante; se graduó en filosofía, estuvo muy metida en temas de ecología y derechos de los animales, participó en manifestaciones contrarias a la energía nuclear. ¿Qué actividades son más probables que ejerza Linda, (1) cajera de banco o (2) cajera de banco y feminista activa? A Daniel Kahneman le dieron el premio Nobel por mostrar cómo la primera respuesta es mucho más probable que la segunda: (2) es un subconjunto de (1).

Sobre las cuestiones que plantea la (pretensión de la) estadística en la aplicación del derecho, véase Albert SATORRA, Pablo SALVADOR CODERCH, *Probabilidad estadística, grandes bases de datos y abogacía* InDret, 2 (2016).

Capítulo 9
Imputación objetiva

1. Imputación objetiva (Causalidad jurídica) 219
1.1. El enfoque analítico de la imputación objetiva 219
1.2 El enfoque práctico de la imputación objetiva 223
2. Una cuestión por lo menos terminológica 229
3. Ámbito de protección de la norma (Harm within the Risk / Schutzbereich der Norm) 229
3.1. STS, 1ª, 902/1998, de 8 de octubre, MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes. 229
3.2. STS, 3ª, 3 de noviembre de 2008 (RJ 5852), MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco. 230
4. Previsibilidad *(Foreseeability)* 231
4. 1. Material complementario: Palsgraf v. Long Island R.R. [N248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928)] 231
4.2. United Novelty Co. Inc. v. Daniels, 42 So.2d 395 (Miss. 1949) –Rat flambé - 233
4.3. STS, 1ª, 597/1996, de 19 de julio, MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes.... 234
5. Causalidad Adecuada (Proximate Cause / Adäquanztheorie) 234
5.1. STS, 1ª, 255/1997, de 1 de abril, MP: Pedro González Poveda. 234
5.2. STS, 1ª, 377/2004, de 12 de mayo, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. 235
5.3. STS, 1ª, 208/2019, de 5 de abril, MP: Eduardo Baena Ruiz. 236
5.4. STS, 3ª, de 18 de mayo de 2010 (RJ 3651), MP: Enrique Lecumberri Martí.. 236
5.5. Material complementario: Stahlecker v. Ford Motor Company [266 Neb. 601, 667 N.W.2d 244 (2003)] 237
6. Riesgos generales de la vida (General Life Risks / Erlaubte Risiken) 240
6.1. STS, 3ª, 29 de octubre de 1998 (RJ 8421), MP: José Manuel Sieira Míguez.... 240
6.2. STSJ Comunidad Valenciana, Sala C-A, Secc. 1ª, 55/2003, de 2 de enero, MP: Mariano Ayuso Ruiz-Toledo. 240
7. Prohibición de regreso y posición de garante *(Remoteness / Regressverbot und Garantenstellung)* 241
STS, 1ª, 503/2017, de 15 de septiembre, MP: Antonio Salas Carceller. 248
8. Provocación (Provocation / Herausforderung) 248
9. Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo (Victim's consent and assumption of risk / Einverständigung, Tatbestand-ausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr) 250
9.1. STS, 1ª, 931/2001, de 17 de octubre, MP: Jesús Corbal Fernández. 251
9.2. STS, 1ª, 580/2006, de 31 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana. 252
9.3. STS, 1ª, 26/2012, de 30 de enero, MP: José Antonio Seijas Quintana. 253
9.4. Material complementario: *Knight v. Jewett* [3 Cal. 4th 296, 834 P.2d 696, 11 Cal. Rptr. 2d 2 (1992)] 253
10. Material complementario: *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.* [572 U.S. ___ (2014)] 254

1. Imputación objetiva (Causalidad jurídica)

1.1. El enfoque analítico de la imputación objetiva

La causalidad de hecho de los juristas, "*conditio sine qua non*" (*But-For test*), plantea, entre otros y como vimos en la anterior Sesión 8ª, un problema muy serio: la mayor parte de las leyes científicas -físicas, químicas, biológicas, psicológicas, económicas, sociológicas, etc.- no se formulan en términos de causalidad, pues la *conditio sine qua non* es muy poco excluyente, dice demasiado acerca de la determinación de un fenómeno, de la explicación y predicción de la realidad. Lo anterior, trasladado al ámbito del derecho, significa que, con la causalidad en la mano, un juez o un tribunal pueden imputar cualquier resultado a cualquier persona, por remota que haya sido su participación en la cadena causal. Nos podemos remontar a Adán y Eva, podemos atribuir los males de la patria a quienes nos conquistaron hace dos mil, o mil quinientos años y, desde luego, podemos condenar a los hijos en el vientre de sus madres. William Shakespeare, inventor de la condición humana, lo vio bien en el monólogo de Bruto, en la Escena 2ª, del Acto 2º de su Julio César:

Th' abuse of greatness is when it disjoins
Remorse from power. And, to speak truth of Caesar,
I have not known when his affections swayed
More than his reason. But 'tis a common proof
That lowliness is young ambition's ladder,
Whereto the climber upward turns his face.
But when he once attains the upmost round,
He then unto the ladder turns his back,
Looks in the clouds, scorning the base degrees
By which he did ascend. So Caesar may.
Then, lest he may, prevent. And since the quarrel
Will bear no colour for the thing he is,
Fashion it thus: that what he is, augmented,
Would run to these and these extremities.
And therefore think him as a serpent's egg—
Which, hatched, would as his kind grow mischievous—
And kill him in the shell.

De ahí que los juristas siempre hayan tratado de acotar o limitar, con criterios normativos, la ciega extensión de la causalidad. Los economistas, por su parte, también han puesto de manifiesto que la división del trabajo, condición del desarrollo tecnológico, resultaría imposible si todo el mundo hubiera de estar a cargo de todos los accidentes que ocurren, mientras que los sociólogos han puesto el acento en que a cada rol social corresponde un círculo de incumbencias: el ciudadano de a pie puede responder por no haber llamado a la policía o a los bomberos, pero no por no haberse comportado como deben de hacerlo el uno o los otros. En las páginas que siguen, se elencan algunos de los criterios más sensatos, más probados, comenzando por los de la

previsiblidad y proximidad: el efecto ha de ser previsible para quien ha de cargar con sus consecuencias y no ha de ser tan remoto que acabemos en un mundo en el cual todos pueden ser condenados por cualquier acontecimiento desagradable o terrible, pues al fin y al cabo todos somos parte de ese todo y nada habría ocurrido en el vacío.

Una referencia clásica: Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability.* 2 J. Legal Stud. 151, 160 (1973): "The *But-for test* does not provide a satisfactory account of the concept of causation if the words 'in fact' are taken seriously".

En derecho civil español, la aportación clásica es de Fernando PANTALEÓN PRIETO ["Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989),* t. II, Madrid (1990), págs. 1561 y ss.]:

"El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso -lo que los anglosajones llaman *causation in fact*- no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser 'puesto a cargo' de aquella conducta como 'obra' de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no *objetivamente imputable* a la conducta del demandado -lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, 'causalidad jurídica' (la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung"* (págs. 1561 y 1562).

Un segundo grupo de problemas en imputación objetiva es que sus fronteras con la imputación subjetiva, con la culpa, son difusas. Es más, ambas se solapan en buena medida pues la puesta a cargo de un resultado viene acompañada con frecuencia por la imposición de un deber de evitar la producción de tal resultado.

Sin embargo, analíticamente, conviene considerar siempre por separado la cuestión de a quiénes incumbe asistir médicamente a un enfermo, a un paciente –a los médicos – de la relativa a si tal o cual médico tenía o no el deber de atender a este o aquel paciente concreto en determinadas circunstancias (¿Debe una cardióloga, viajera en un metro, asistir a un pasajero que ha sufrido un desmayo? ¿Debe un dermatólogo avisar a otro viajero del mismo metro que una mancha en su piel podría ser un melanoma?). Imputación objetiva y deber de cuidado se solapan, pero no coinciden.

La idea de que los criterios de imputación objetiva del daño al comportamiento del causante reproducen muchos -si no todos- los elementos del deber de precaución ha sido defendida por Pablo Salvador CODERCH, Nuno GAROUPA, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, "El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva", *InDret* 4/2005, pp. 29-30. Parecidamente, esta idea puede verse en Martín GARCÍA –RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, pp. 127, 128, 129, 134.

En contra, véase Juan Antonio GARCÍA AMADO, "¿Es objetiva la imputación objetiva en Derecho de daños?"(http://garciamado.blogspot.com.es/2013/03/es-objetiva-la-imputacion-objetiva-en.html; 1.1.2013):

"[L]a responsabilidad se asigna o tiende a asignarse al sujeto que tiene lo que denominaré el dominio del hecho o control de la situación. Los criterios de imputación se estructuran y operan al servicio de ese propósito último y desde él ganan su coherencia sistemática y jurídico-política. Tal vez expresado de modo más abarcador, la responsabilidad por el daño se atribuye al sujeto que tiene el dominio del hecho, mientras que de la responsabilidad se exonera al que no tiene tal dominio, bien porque ese dominio lo adquiere otro, bien porque el control sobre el hecho se pierde debido a factores no dependientes de ningún sujeto, como ocurre, por ejemplo, en los casos de fuerza mayor".

Pablo SALVADOR, Antonio FERNÁNDEZ, "Causalidad y Responsabilidad", 3ª ed., *InDret* 1/2006 (www.indret.com):

"Las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios normativos de imputación objetiva que permitan modularlo, es decir, ampliarlo o restringirlo según convenga. En el *Common Law*, la causalidad entendida como *conditio sine qua non (cause in fact)* se matiza de acuerdo con una miríada de doctrinas sobre *proximate causation* con el objeto de descartar las causas más remotas (*remoteness test*), las más imprevisibles o improbables (*foresight test*) y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse efectivamente en el daño en cuestión (*harm-within-the-risk test)*. En el *Civil Law,* sobresale la cultura alemana de la imputación objetiva *(Objektive Zurechnung)*.

El realismo jurídico intentó depurar el concepto de causa de toda connotación normativa, pero el intento fracasó y el libro más influyente sobre causalidad de la segunda mitad del siglo XX [HART, HONORÉ (1959) y (1985)] volvió a una concepción de la causalidad concebida como juicio fáctico-normativo la cual, basada en el sentido común, abarcaba la causalidad de hecho y la imputación objetiva [véase, críticamente, WRIGHT (1985), (1988)].

El problema es que muchos criterios de imputación objetiva se detienen en el nivel de las propuestas doctrinales. Pocas leyes los han hecho suyos, aunque podemos identificar algunos positivados de forma dispersa:

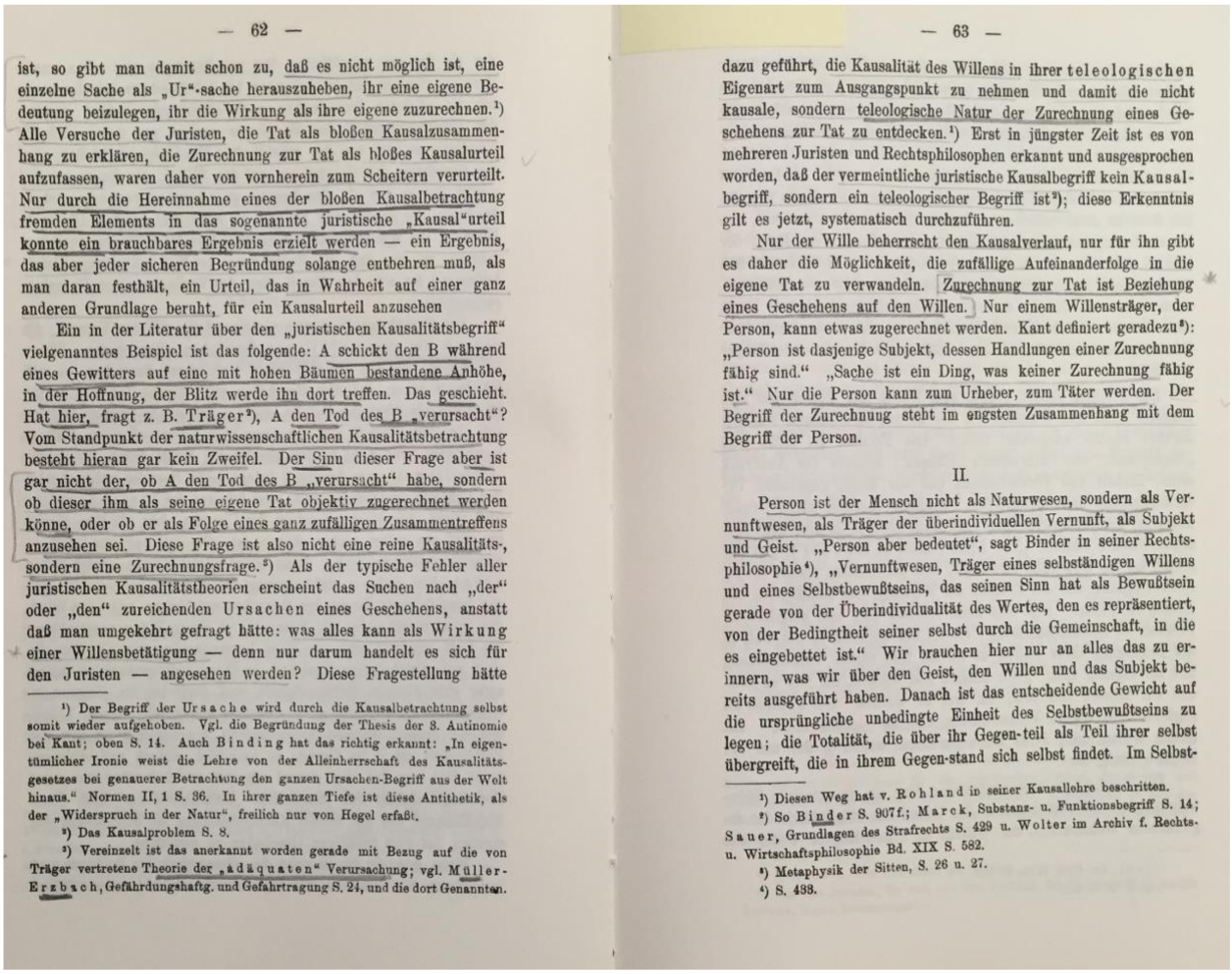
- Los arts. 154, 269, 389, 1596, 1903, 1905 y siguientes del Código Civil, que delimitan los roles sociales básicos a cuyo cargo se ponen los daños causados por personas distintas al demandado: padres, tutores, propietarios, empresarios, maestros.
- Los arts. 118, 120 y 121 del Código Penal de 1995 que, de forma paralela a lo establecido por el art. 1903 del Código Civil, definen roles familiares, sociales y económicos a los que la ley penal asocia el deber de responder civilmente por las consecuencias dañosas de los delitos cometidos por terceros a cargo o bajo el control o dependencia de quienes ejercen aquellos roles (padres, tutores, guardadores legales, empresarios, propietarios de vehículos, Administraciones públicas).

- En general, las disposiciones que regulan actividades, imponen deberes y delimitan con claridad posiciones de garante: por ejemplo, el art. 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; el art. 1 de la Ley 22/1994; los arts. 139 y siguientes de la LRJAP.

- El art. 141 de la LRJAP según el cual *"sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"* y que puede ser entendido, como veremos enseguida, en clave de riesgos generales de la vida.

La doctrina jurídica lleva más de un siglo discutiendo los tópicos sobre imputación y algunas propuestas han sido ocasionalmente utilizadas por la jurisprudencia. Las que siguen están tomadas, con algunas modificaciones, de la muy influyente obra del penalista alemán Günther JAKOBS" [*Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2 Auflage, Berlin, New York, De Gruyter (1993), pp. 195 y ss. Traducción: *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid (1996), pp. 90 y ss.].

- Karl Larenz, Hegels Zurechnungslehre Und der Begriff der Objektiven Zurechnung Ein Beitrag *Zur Rechtsphilosophie des Kritischen Idealismus Und Zur Lehre von der "Juristischen Kausalität"*, reimpresión de la edición de 1927, Aalen: Scientia Verlag (1970), pp. 62 y 63.



— 62 —

ist, so gibt man damit schon zu, daß es nicht möglich ist, eine einzelne Sache als „Ur"-sache herauszuheben, ihr eine eigene Bedeutung beizulegen, ihr die Wirkung als ihre eigene zuzurechnen.[1]) Alle Versuche der Juristen, die Tat als bloßen Kausalzusammenhang zu erklären, die Zurechnung zur Tat als bloßes Kausalurteil aufzufassen, waren daher von vornherein zum Scheitern verurteilt. Nur durch die Hereinnahme eines der bloßen Kausalbetrachtung fremden Elements in das sogenannte juristische „Kausal"urteil konnte ein brauchbares Ergebnis erzielt werden — ein Ergebnis, das aber jeder sicheren Begründung solange entbehren muß, als man daran festhält, ein Urteil, das in Wahrheit auf einer ganz anderen Grundlage beruht, für ein Kausalurteil anzusehen

Ein in der Literatur über den „juristischen Kausalitätsbegriff" vielgenanntes Beispiel ist das folgende: A schickt den B während eines Gewitters auf eine mit hohen Bäumen bestandene Anhöhe, in der Hoffnung, der Blitz werde ihn dort treffen. Das geschieht. Hat hier, fragt z. B. Träger[2]), A den Tod des B „verursacht"? Vom Standpunkt der naturwissenschaftlichen Kausalitätsbetrachtung besteht hieran gar kein Zweifel. Der Sinn dieser Frage aber ist gar nicht der, ob A den Tod des B „verursacht" habe, sondern ob dieser ihm als seine eigene Tat objektiv zugerechnet werden könne, oder ob er als Folge eines ganz zufälligen Zusammentreffens anzusehen sei. Diese Frage ist also nicht eine reine Kausalitäts-, sondern eine Zurechnungsfrage.[3]) Als der typische Fehler aller juristischen Kausalitätstheorien erscheint das Suchen nach „der" oder „den" zureichenden Ursachen eines Geschehens, anstatt daß man umgekehrt gefragt hätte: was alles kann als Wirkung einer Willensbetätigung — denn nur darum handelt es sich für den Juristen — angesehen werden? Diese Fragestellung hätte

[1]) Der Begriff der Ursache wird durch die Kausalbetrachtung selbst somit wieder aufgehoben. Vgl. die Begründung der Thesis der 3. Antinomie bei Kant; oben S. 14. Auch Binding hat das richtig erkannt: „In eigentümlicher Ironie weist die Lehre von der Alleinherrschaft des Kausalitätsgesetzes bei genauerer Betrachtung den ganzen Ursachen-Begriff aus der Welt hinaus." Normen II, 1 S. 36. In ihrer ganzen Tiefe ist diese Antithetik, als der „Widerspruch in der Natur", freilich nur von Hegel erfaßt.

[2]) Das Kausalproblem S. 8.

[3]) Vereinzelt ist das anerkannt worden gerade mit Bezug auf die von Träger vertretene Theorie der „adäquaten" Verursachung; vgl. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftg. und Gefahrtragung S. 24, und die dort Genannten.

— 63 —

dazu geführt, die Kausalität des Willens in ihrer teleologischen Eigenart zum Ausgangspunkt zu nehmen und damit die nicht kausale, sondern teleologische Natur der Zurechnung eines Geschehens zur Tat zu entdecken.[1]) Erst in jüngster Zeit ist es von mehreren Juristen und Rechtsphilosophen erkannt und ausgesprochen worden, daß der vermeintliche juristische Kausalbegriff kein Kausalbegriff, sondern ein teleologischer Begriff ist[2]); diese Erkenntnis gilt es jetzt, systematisch durchzuführen.

Nur der Wille beherrscht den Kausalverlauf, nur für ihn gibt es daher die Möglichkeit, die zufällige Aufeinanderfolge in die eigene Tat zu verwandeln. Zurechnung zur Tat ist Beziehung eines Geschehens auf den Willen. Nur einem Willensträger, der Person, kann etwas zugerechnet werden. Kant definiert geradezu[3]): „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind." „Sache ist ein Ding, was keiner Zurechnung fähig ist." Nur die Person kann zum Urheber, zum Täter werden. Der Begriff der Zurechnung steht im engsten Zusammenhang mit dem Begriff der Person.

II.

Person ist der Mensch nicht als Naturwesen, sondern als Vernunftwesen, als Träger der überindividuellen Vernunft, als Subjekt und Geist. „Person aber bedeutet", sagt Binder in seiner Rechtsphilosophie[4]), „Vernunftwesen, Träger eines selbständigen Willens und eines Selbstbewußtseins, das seinen Sinn hat als Bewußtsein gerade von der Überindividualität des Wertes, den es repräsentiert, von der Bedingtheit seiner selbst durch die Gemeinschaft, in die es eingebettet ist." Wir brauchen hier nur an alles das zu erinnern, was wir über den Geist, den Willen und das Subjekt bereits ausgeführt haben. Danach ist das entscheidende Gewicht auf die ursprüngliche unbedingte Einheit des Selbstbewußtseins zu legen; die Totalität, die über ihr Gegen-teil als Teil ihrer selbst übergreift, die in ihrem Gegen-stand sich selbst findet. Im Selbst-

[1]) Diesen Weg hat v. Rohland in seiner Kausallehre beschritten.

[2]) So Binder S. 907f.; Marck, Substanz- u. Funktionsbegriff S. 14; Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 429 u. Wolter im Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. XIX S. 582.

[3]) Metaphysik der Sitten, S. 26 u. 27.

[4]) S. 438.

- Friedrich-Christian Schroeder, Der Blitz als Mordinstrument: Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft. Anhang: Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung, Duncker & Humblot, 2009.

1.2 El enfoque práctico de la imputación objetiva

En la práctica profesional de la aplicación judicial del derecho del derecho de daños, la imputación objetiva es la sede donde se discuten los límites de la causalidad juridica, es decir, donde los jueces y tribunales resuelven, habida cuenta la secuencia y explicación científica de los hechos, poner a cargo de una o de otra parte los costes de los daños materialmente causados. ¿A cuál de las partes le incumbía evitar su producción, prevenir los daños?, ¿Hasta dónde cabe remontarse en el análisis causal para imputer jurídicamente sus consencuencias a tales o cuales agentes sociales? ¿Quiénes están a cargo de qué acontecimientos o sucesos? Los buenos abogados saben de sobras que, en tal sede, hay que hilar muy fino y que cuanto antes consigan hacerlo, mucho mejor: idealmente en la primera instancia. Quizás uno de los (¿dos?, ¿tres?) ejemplos más

notables de lo anterior en este año de 2017 haya sido la **STS, 1ª, 124/2017, de 24 de febrero, MP: Eduardo Baena Ruiz (RJ\2017\826)**:

En el caso (según narra el Fundamento de Derecho Primero, Resumen de Antecedentes, de la sentencia), Endesa Distribución Eléctrica SLU (Endesa) ejerció acción de responsabilidad civil contra Red Eléctrica de España SAU (REE) por los daños causados por el incendio de la subestación eléctrica de Maragall acaecido en Barcelona el 23 de julio de 2007. Generali Española SA de Seguros y Reaseguros (Generali) ejerció también acción contra REE, como subrogada en los derechos y acciones de su asegurada Endesa por el importe de las indemnizaciones pagadas a esta.

El 23 de Julio de 2007 se produjo un incendio en la subestación eléctrica de Maragall de Barcelona que provocó daños materiales y la interrupción del suministro eléctrico a los usuarios, siendo reestablecido el suministro de manera paulatina.

Incendio de la subestación de Maragall, 23 de julio de 2007

El incendio de la subestación estuvo precedido de otro incidente consistente en la caída de un conductor de 110 kilovoltios, KV, propiedad de Endesa, sobre los cables de 220 KV de REE en la subestación de Collblanc.

La demandante Endesa cuantificaba los daños en 89.943.583 €, divididas en dos conceptos: daños materiales en las instalaciones e indemnizaciones que la compañía había pagado a sus usuarios. Endesa tenía contratadas unas pólizas de seguros, por daños materiales, pérdida de beneficios y responsabilidad civil, con Mapfre con una cuota del 70%, en coaseguro con Vitalicio (30%). Estas aseguradoras habían pagado a Endesa 40.532.805 € por lo cual la compañía demandante solo reclamaba la diferencia, 49.410.778 €. Por su parte, Generali (Vitalicio) reclamaba a REE la cantidad de 15.822.236,72 € por subrogación en los derechos de su

asegurada. REE negaba su responsabilidad en el siniestro y su aportación causal en la agravación de los daños.

La sentencia del Tribunal Supremo extracta las afirmaciones que considera más relevantes de la del Juzgado:

"9. Para exponer la motivación seguida por la sentencia de primera instancia en este litigio, tan complejo y de tanta magnitud en sus consecuencias, vamos a ceñirnos a la sentencia recurrida por ser enormemente clara cuando la recoge:

(i) [E]l 23 de Julio de 2007 [se produjo] la rotura del cable de media tensión de 110 KV en la SE [subestación] de Collblanc [en la ciudad de Barcelona] a las 10 horas 53 minutos y 10 segundos, propiedad de ENDESA [Distribución Eléctrica SLU], que tiene su origen en la SE Can Jardí y que termina en la SE de Collblanc. [El cable] se rompe, interrumpiéndose el paso de la corriente que circulaba por él, y cae sobre el parque de 220 KV de REE [Red Eléctrica de España, SLU] de la subestación de Collblanc, produciéndose la desconexión de la línea en su extremo de Can Jardí; y, posteriormente, en la caída del conductor de 110 KV, ya sin tensión, se produce el espacio secuencial con el juego de barras nº 1 y nº 2 y con la línea de 220 KV que une Collblanc con Urgell. La línea de 110 KV sobrevolaba una esquina del parque de 220 KV de la subestación de Collblanc (…) Se produjo la afectación temporal de varias subestaciones transformadoras que alimentan la red de distribución y se originaron graves daños en la SE de Maragall 220 MT que quedó sin posibilidad de alimentación desde la red de 220 KV."

[El apagón subsiguiente originó el caos en la ciudad de Barcelona, como los lectores pueden comprobar consultando las hemerotecas virtuales: los daños materiales en las instalaciones involucradas fueron importantes, pero además cientos de miles de personas y centenares de establecimientos quedaron sin suministro de energía eléctrica, muchos semáforos dejaron de funcionar, los hospitales hubieron de recurrir a sus grupos electrógenos. El diario ABC ofrecía esta información en su edición de Madrid del día 24 de Julio de 2007: "Un grave incidente eléctrico sumió ayer Barcelona en un inmenso caos que afectó a todos los ámbitos de la actividad ciudadana. El apagón histórico que sufrió la Ciudad Condal como consecuencia de la caída de un cable de alta tensión en la subestación de Collblanc dejó sin suministro a 300.000 abonados de todos los distritos de la ciudad, entre los que hay particulares y negocios. Otros 50.000 clientes de varios barrios de las poblaciones de L´Hospitalet y Esplugues de Llobregat se vieron también afectados. Aparte de las molestias que la falta de suministro ocasionó en tal cantidad de domicilios durante tantas horas, hospitales, transportes, tráfico rodado, comercios, hoteles, restaurantes, ascensores o servicios de telefonía móvil vivieron situaciones muy complicadas".]

(ii) [L]a caída del cable de 110 KV de Endesa es consecuencia del deficiente estado de conservación y mantenimiento del mismo, y constituye una de las causas del incendio de la SE de Maragall (…) por mucho que Endesa califique este incidente como de causa no eficiente, y la necesidad de utilizar la teoría de la prohibición del regreso, no cabe considerar como no eficiente la causa que, concurriendo con otras, condiciona o completa la acción de la causa última (…). La actuación de Endesa no solo es condición sine qua non (…), sino que al concurrir con las siguientes (…) ha de ser considerada como iguales en la influencia causal, dado que si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también"

(iii) Concluye con el reparto de responsabilidad en el siniestro de Endesa y REE al 50% respectivamente (…) teniendo en cuenta que en el cableado de REE se inició el foco del incendio

en la SE de Maragall, el mal mantenimiento del mismo, unido a los defectos en la membrana de la Gis que permitió un fácil acceso a la planta 0 de la -1 y así como el sobrevuelo de ambos sistemas sin que ninguna de las sociedades evitara o redujera el riesgo; y a Endesa por la concausa de la caída del cable de Collblanc, a los defectos en el sistema anti-incendios y a la no adecuada compartimentación en el edificio de la SE de las plantas -1 y 0, así como a la inadecuación de ambas redes a las necesidades de una urbe como Barcelona, así como por el excesivo número de usuarios dependiente de la misma, y así como el sobrevuelo de ambos sistemas sin que ninguna de las sociedades evitara o redujera el riesgo, ni mitigaran el daño. A ello se añade que el vuelo de al línea aérea a 110 KV Can Jardí-Collblanc, propiedad de Endesa sobre el parque de 220 KV de la subestación Collblanc, propiedad de REE era perfectamente evitable, así como que ambas sociedades, Endesa y REE, pudiendo haberlo hecho, no han reducido el riesgo de la caída de los conductors de la línea aérea a 110 KV Can Jardí-Collbalnc sobre el parquet de 20 KV de la subestación Collblanc. Y la situación de las redes de distribución de transporte, preexistentes antes del incidente, no estaban diseñadas para permitir una rápida recuperación del suministro (…)

(iv) Los daños del siniestro los fija [siempre la Sentencia de primera instancia] en un total de 66.377.169,57 € (…)

(v) [A]bsuelve a REE de la pretension de Endesa, como quiera que esta ha sido indemnizada por sus aseguradoras en la suma de 40.532.805 € y que REE tan solo viene obligada a abonar el 50% de los daños causados (33.188.584,78 €) concluye que no procede condenar a REE a pagar cantidad alguna a Endesa " (Fundamento de Derecho Primero, nº 9).

Tanto Endesa, como Generali y REE interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. En síntesis, Endesa sostenía en su recurso que la sentencia había incurrido en un error en la motivación por liberar a REE de responsabilidad a pesar de considerarla responsable del 50% de los daños causados y añadía que el juzgador no había tenido en cuenta la limitación juridica de la causalidad material que debería haber resultado de la omitida aplicación de la doctrina de la causalidad adecuada [la cual se analiza luego en esta sesión]. También discutía algunas partidas de daños. Generali insistía en este mismo punto. Y REE discutía la distribución de responsabilidades al 50%, que consideraba errónea y que en todo caso debería ser menor.

La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de septiembre de 2014 estimó parcialmente el recurso de Endesa, desestimó los interpuestos por Generali y REE y condenó a REE a pagar 8.345.652,93 € a Endesa. En lo sustancial, la Audiencia coincidió con la apreciación de la magistrada de primera instancia de atribuir el 50% de la responsabilidad a cada una de las dos companies.

Contra la sentencia anterior, Endesa interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y REE interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo estimó los motivos del recurso por infracción procesal de Endesa sobre interdicción de la incongruencia por haber resuelto extremos no planteados en el recurso de apelación de REE. La estimación conllevó que se modificara la partida de responsabilidad civil que hizo la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial en el sentido de condenar a REE a abonar a Endesa la suma de 10.303.742,40 €, esto es, el 50% del importe no indemnizado a

Endesa por las compañías aseguradoras. Sin embargo para llegar a esta conclusion hubo de desestimar los motivos del recurso de casación de Endesa y de REE.

El de la primera por apliocación al caso de las doctrinas sobre la imputación objetiva recibidas por la jurisprudencia. En palabras de la Sentencia:

"La actual corriente jurisprudencial sobre la causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva intenta superar la teoría de la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría que resumida en la expresión latina « *causa causae, causae causa* » (quien es causa de la causa, es causa del mal causado). Se trata de superar así las tendencias objetivadoras, que sin ser objetivas, sí aplicaban técnicas como la inversión de la carga de la prueba, o la del riesgo por el lucro que produce, llegándose a una exacerbación de la culpa con resultado desproporcionado, imponiendo al demandado la carga de que no incurrió en ningún tipo de negligencia, lo que se rechazaba con la doctrina de que «si algo pasó, es porque algo falló».

Modernamente se vienen sosteniendo las siguientes posturas: a) El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente (aunque en algunos casos pudiera aplicarse la regla de la facilidad probatoria). b) El artículo 1902 del Código Civil tiene un claro matiz culpabilístico, como reiteradamente está recordando la jurisprudencia más reciente. El deber de indemnizar por el daño causado a otro tiene su fundamento en la culpa, o negligencia del obligado a resarcir (salvo supuestos legales de culpa objetiva). Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse siempre el "cómo" (causalidad física, hechos probados) y el "por qué" (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. c) La doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro la teoría de la responsabilidad por riesgo o "cuasiobjetiva", como parece pretenderse. El riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil . Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)].

En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las "desgracias" sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 (STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 (STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 (STS 560/2011, recurso 2209/2006), 25 de noviembre de 2010 (STS 6381/2010, recurso 619/2007), 17 de noviembre de 2010].

En efecto, se reafirma la sala en la sentencia número 147/2014, de 18 marzo , que: «la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998 , 2 de marzo de 2001 , 29 de abril y 22 de julio de 2003 , 17 de abril de 2007 , 21 de abril de 2008 , 6 de febrero 2012), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza; criterios o pautas extraídas del sistema normativo, que han sido tomados en cuenta en diversas Sentencias de esta Sala (entre las más recientes, 2 y 5 enero , 2 y 9 marzo , 3 abril , 7 junio , 22 julio , 7 y 27 septiembre , 20 octubre de 2006, 30 de junio 2009 , entre otras).»

Entre las pautas o reglas que excluyen la imputación objetiva se encuentra la relativa a la prohibición de regreso, por la que, en principio, encontrada una causa próxima, no debe irse más atrás buscando causas remotas, según ya hemos recogido.

Ahora bien, es clásica ya la doctrina jurisprudencial que mantiene que el criterio de la prohibición de regreso que justifica negar la imputación del resultado dañoso, tendrá lugar cuando en el proceso causal que desembocó en aquél, puesto en marcha por el posible responsable, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero (sentencia 11 de marzo de 1988 , entre otras), pero salvo que dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable. La intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva.

Si se aplica la citada doctrina al supuesto enjuiciado el motivo ha de decaer y ser desestimado [pues en el caso analizado] "la caída del cable de Endesa de 110 KV causó tres cortocircuitos en la línea de 220 KV de REE. La responsible de la caída (…) es Endesa y, de forma próxima no remota, y sin solución de continuidad tiene lugar el incendio a causa del mal estado de los cables de 220 KV de REE (…) La sentencia recurrida deja claro que el factor desencadenante del siniestro se encuentra en la caída de los cables de 110 KV de Endesa, por lo que difícilmente se puede pretender que que no le incumba ninguna responsabilidad acudiendo al criterio de la prohibición del regreso. Existe una conducta imprudente de REE en la conservación y mantenimiento de los cables de ella, que propicia el incendio, pero este se ha visto favorecido, de manera próxima y no remota, por la imprudencia de Endesa en la conservación y mantenimiento del cable de 110 KV, y en el contacto entre ambos cables, debido a la defectuosa y poco previsible instalación de los cables sobrevolando uno al otro (…) Ha habido, pues, una omission del deber de cuidado de Endesa, que opera como contribución causal y con la entidad suficiente compara que la omisión del deber de cuidado de REE no absorba en exclusive el desencadenante causal (…) Aun contemplando el caso a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada (…) no se excluye la imputabilidad (…) porque, habida cuenta de las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la instancia, no cabría descartar como extraordinariamente improbable (ex ante y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido." (Fundamento de Derecho Décimo Primero). Luego la Sentencia del Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación de REE por deficiente técnica casacional (Fundamentos de Derecho Décimo Cuarto y siguientes).

El extracto de esta importante Sentencia es amplio y excusa al profesional familiarizado con las doctrinas de la imputación objetiva del trabajo de leer los epígrafes siguientes, los cuales, en cambio, podrían ser acaso de alguna utilidad para lectores noveles. Es hora, pues, de volver al análisis.

2. Una cuestión por lo menos terminológica

En la jurisprudencia y la doctrina, se refieren a los criterios jurídicos de limitación de la causalidad empírica de modos muy distintos: en ocasiones hablan de causalidad legal o jurídica como opuesta a causalidad natural, naturalística o empírica. Muchos y, entre otros, los autores de este e-libro, por influencia de la cultura jurídica alemana, hablamos de imputación objetiva - expresión que traduce *objektive Zurechnung*. Los juristas y jueces del *Common Law*, por su parte, se referían a la cuestión de los límites de la causalidad cuando examinaban si ésta había sido suficientemente próxima y hablaban así de *proximate causation*. Pero en los últimos veinte años, se ha impuesto la expresión *scope of liability*, ámbito o alcance de la responsabilidad, que consiste en la puesta a cargo de las consecuencias de un resultado dañoso realizada por la ley o por la jurisprudencia. La idea, más práctica que filosófica, es que el demandado habrá de responder por aquellos daños que derivan de los riesgos de su actividad y que llevan a caracterizar su conducta como generadora de responsabilidad.

3. Ámbito de protección de la norma (Harm within the Risk / Schutzbereich der Norm)

En los manuales y tratamientos monográficos de la imputación objetiva, el criterio del ámbito de protección de la norma suele expresarse como uno más entre los varios incluidos en la lista de máximas de experiencia, aplicados por los tribunales o propuestos por la doctrina. Sin embargo, la idea de ámbito de protección de la norma es previa o, por lo menos, claramente más relevante que todas las demás. En su virtud, el intérprete de la ley, reglamento o disposición a aplicar se comporta como tal y ofrece una respuesta fundamentada a una pregunta sobre el alcance de la ley, es decir, sobre su interpretación: ¿incluye la disposición de que se trata los bienes o intereses dañados de la víctima en su ámbito de protección? ¿Están los riesgos generados o incrementados por el demandado incluidos en la conducta prevista por la ley? Son, como se puede ver, cuestiones propias de la interpretación del derecho o, si se quiere, no solo de la interpretación literal, sino también de la interpretación sistemática, histórica y, muy particularmente, de la teleológica, pues se pregunta si el fin de protección de la norma incluye a la víctima en el caso concreto.

Por todo lo anterior, considerar que la doctrina del ámbito de protección de la norma es sustantivamente distinta a las categorías generales empleadas en la interpretación del derecho en otras culturas jurídicas es quizás un caso de hipóstasis, esto es, de reduplicación innecesaria de formulaciones ya conocidas.

3.1. STS, 1ª, 902/1998, de 8 de octubre, MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Un trabajador murió atropellado por un camión cuando, al dirigir la operación de su carga, se situó tras un punto ciego del vehículo y éste le aplastó. En la demanda, su viuda e hijos alegaron que el conductor del camión no poseía el certificado de aptitud de manejo de maquinaria minera exigido por el art. 117 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (R.D. 863/1985, de 2 de abril). El TS confirmó las sentencias desestimatorias de las instancias, pues:

"[l]a ausencia de dicho permiso es irrelevante en este caso" (F.D. 2º).

3.2. STS, 3ª, 3 de noviembre de 2008 (RJ 5852), MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

A las 11:30 h. del 29.11.1996, Patricia, celadora en el centro de especialidades del complejo hospitalario "Xeral Calde" (Lugo), dependiente del Servicio Gallego de Salud ("SERGAS"), bajaba en el ascensor de dicho complejo cuando, debido a un fallo mecánico, el ascensor cayo desde la 3ª planta, chocando con el amortiguador situado en el foso del sótano del edificio. Como consecuencia del accidente, Patricia sufrió traumatismos múltiples y precisó de atención psiquiátrica hasta 1998. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo (29.1.1999) declaró que las secuelas derivadas del accidente de trabajo por Patricia eran constitutivas de invalidez permanente absoluta en grado de gran invalidez y reconoció el derecho de ésta a percibir una pensión mensual de 1.404,84 € con un recargo del 50% por falta de medidas de seguridad.

Patricia demandó al "SERGAS" y a la Xunta de Galicia y solicitó una indemnización de 1.031.171,25 €, que la Conselleria denegó por silencio administrativo. El TSJ Galicia (Sección 1ª, 3.3.2004) estimó el recurso contencioso administrativo y condenó a las administraciones codemandadas al pago de 300.500 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el "SERGAS" y la Xunta de Galicia. El TS, tras desestimar los argumentos por los cuales la demandante debería haber llamado al proceso a la empresa fabricante del ascensor y la encargada de su mantenimiento, analizó el motivo central del recurso, a saber, si la existencia de una relación de empleo público entre víctima y Administración anulaba la responsabilidad patrimonial de esta última. El TS resolvió que, por más que el daño se hubiera producido en el desarrollo de una relación de servicio público, el accidente quedaba fuera de los riesgos inherentes al ejercicio de su profesión, de manera que la lesión era antijurídica, máxime cuando la empleada no tuvo la más mínima intervención en el accidente (F. D. 5º).

3.3. STS, 1ª, 345/2019, de 21 de junio, MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

El incumplimiento de normas administrativas no es causa eficiente del resultado. Responsabilidad única de la víctima, motorista perteneciente a la organización de una carrera ciclista, que colisionó con un vehículo que no pertenecía a esta.

"[L]a cuestión que se plantea es si la infracción por la organización de las disposiciones reglamentarias tiene virtualidad suficiente para ser considerada, sola o conjuntamente con la actuación de tercero o del propio accidentado y otras, causa eficiente del resultado o por el contrario la producción del accidente es atribuible a otras (la del conductor del Golf o del propio accidentado) (…)

[D]ado que la presencia de un turismo ajeno a la organización en el tramo de la vía publica acotada para la prueba ciclista, bien que propiciado por la insuficiente dotación por parte de la organización de personal auxiliar que cubriera los cruces, era un riesgo previsible para D. Prudencio pues actuaba en la prueba como personal auxiliar como moto-enlace, que tenia como cometido precisamente evitar tal riesgo (…) la colisión entre la motocicleta .... YWC conducida por D. Prudencio y el turismo Golf matricula VU-....-HJ conducido por D. Ambrosio es atribuible al proceder antirreglamentario de D. Prudencio , quien en la ejecución del adelantamiento interfirió en la trayectoria del Golf y chocó con su parte lateral".

4. Previsibilidad *(Foreseeability)*

Los casos del Common Law norteamericano acotan la causalidad, es decir, construyen el criterio de la *proximate causation* con doctrinas tales como el *directness test* (exigencia de cercanía entre la conducta del demandado y el daño de la víctima, ausencia de factores intermedios), el *substantial factor test* (la conducta del demandado es el factor decisivo de producción del daño), o, más subjetivamente, el *foreseeability test* (el daño era previsible para una persona razonable que hubiera estado en las circunstancias del demandado).

A veces, la ausencia de imputación objetiva es palmaria –o debería serlo-: en *Laureano v. Louzoun* [(560 N. Y. 2d 337 (N. Y. App. Div. 1990)], el demandante, arrendatario de una vivienda, había puesto a hervir dos ollas grandes de agua y se quemó una pierna mientras las manipulaba. Reclamó entonces al demandado, propietario y arrendador del inmueble, por no haber mantenido en buen funcionamiento el servicio de provisión de agua caliente en la vivienda. Inversamente, en mi juventud universitaria, fui preguntado una vez por una compañera que se había resfriado tras abrir la ventana de su habitación ante la sequedad y exceso de calor provocados por la calefacción de la residencia universitaria en Múnich (Alemania).

El caso más famoso de previsibilidad es, sin duda *Palsgraf v. Long Island R.R.* [N248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928)].

4. 1. Material complementario: Palsgraf v. Long Island R.R. [N248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928)]

APPEAL from a judgment of the Appellate Division of the Supreme Court in the second judicial department, entered December 16, 1927, affirming a judgment in favor of plaintiff entered upon a verdict.

CARDOZO, Ch. J.

Plaintiff was standing on a platform of defendant's railroad after buying a ticket to go to Rockaway Beach. A train stopped at the station, bound for another place. Two men ran forward to catch it. One of the men reached the platform of the car without mishap, though the train was already moving. The other man, carrying a package, jumped aboard the car, but seemed unsteady as if about to fall. A guard on the car, who had held the door open, reached forward to help him

in, and another guard on the platform pushed him from behind. In this act, the package was dislodged, and fell upon the rails. It was a package of small size, about fifteen inches long, and was covered by a newspaper. In fact it contained fireworks, but there was nothing in its appearance to give notice of its contents. The fireworks when they fell exploded. The shock of the explosion threw down some scales at the other end of the platform, many feet away. The scales struck the plaintiff, causing injuries for which she sues.

The conduct of the defendant's guard, if a wrong in its relation to the holder of the package, was not a wrong in its relation to the plaintiff, standing far away. Relatively to her it was not negligence at all. Nothing in the situation gave notice that the falling package had in it the potency of peril to persons thus removed. Negligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right. "Proof of negligence in the air, so to speak, will not do" (...)

If no hazard was apparent to the eye of ordinary vigilance, an innocent and harmless act, at least to outward seeming, with reference to her, did not take to itself the quality of a tort because it happened to be a wrong, (...)

The risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk imports relation; it is risk to another or to others within the range of apprehension (...)

Negligence, like risk, is thus a term of relation. Negligence in the abstract, apart from things related, is surely not a tort, if indeed it is understandable at all (...)

The law of causation, remote or proximate, is thus foreign to the case before us. The question of liability is always anterior to the question of the measure of the consequences that go with liability. If there is no tort to be redressed, there is no occasion to consider what damage might be recovered if there were a finding of a tort.

ANDREWS, J. (dissenting).

But we are told that "there is no negligence unless there is in the particular case a legal duty to take care, and this duty must be one which is owed to the plaintiff himself and not merely to others." [Salmond Torts (6th ed.), 24.] This, I think too narrow a conception. Where there is the unreasonable act, and some right that may be affected there is negligence whether damage does or does not result. That is immaterial. Should we drive down Broadway at a reckless speed, we are negligent whether we strike an approaching car or miss it by an inch. The act itself is wrongful. It is a wrong not only to those who happen to be within the radius of danger but to all who might have been there -a wrong to the public at large. Such is the language of the street. Such the language of the courts when speaking of contributory negligence. Such again and again their language in speaking of the duty of some defendant and discussing proximate cause in cases where such a discussion is wholly irrelevant on any other theory. (Perry v. Rochester Line Co., 219 N. Y. 60.) As was said by Mr. Justice HOLMES many years ago, "the measure of the defendant's duty in determining whether a wrong has been committed is one thing, the measure of liability when a wrong has been committed is another." (Spade v. Lynn & Boston R. R. Co., 172 Mass. 488.) Due care is a duty imposed on each one of us to protect society from unnecessary danger, not to protect A, B or C alone.

The proposition is this. Every one owes to the world at large the duty of refraining from those acts that may unreasonably threaten the safety of others. Such an act occurs. Not only is he wronged to whom harm might reasonably be expected to result, but he also who is in fact injured, even if he be outside what would generally be thought the danger zone. There needs be duty due the one complaining but this is not a duty to a particular individual because as to him harm might be expected. Harm to some one being the natural result of the act, not only that one alone, but all those in fact injured may complain. We have never, I think, held otherwise. Indeed in the *Di Caprio* case we said that a breach of a general ordinance defining the degree of care to be exercised in one's calling is evidence of negligence as to every one. We did not limit this statement to those who might be expected to be exposed to danger. Unreasonable risk being taken, its consequences are not confined to those who might probably be hurt.

Parecidamente, *Trieder v. Little* [502 50. 2d 923 (Fla. Dist. Ct. App. 1987)]: dos estudiantes de la University of Miami empujaban un automóvil en el intento de ponerlo en marcha, perdieron el control del vehículo, este se desplazó y golpeó primero levemente a la víctima y, enseguida, se estrelló contra un muro deficientemente construido. El muro se derrumbó sobre la víctima y esta falleció. En el caso se discutía la responsabilidad del arquitecto que había proyectado el muro y dirigido su construcción, así como la propietaria, la Universidad.

El debate entre Cardozo y Andrews sigue abierto: véase *Behrendt v. Gulf Underwrtiters Insurance Co*. [768 N. W. 2d 568 (Wis. 2009)], sobre la responsabilidad de un empresario y su asegurada por la explosión de un depósito que la empresa había permitido, como favor, construir en horas libres a uno de sus empleados, en el bien entendido de que no iba a ser empleado como un envase a presión, que fue lo que sucedió.

4.2. United Novelty Co. Inc. v. Daniels, 42 So.2d 395 (Miss. 1949) –Rat flambé -

Alexander, Justice.

The decisive principles here involved are, while important, not novel. Appellees include the members of the family of William Daniels, a minor aged nineteen years, who was fatally burned while cleaning coin operated machines as an employee of appellant.

The work was being performed in a room eight by ten feet in area, in which there was a gas heater then lighted with an open flame. The cleaning was being done with gasolene. The testimony yields the unique circumstance that the immediate activating cause of a resultant explosion was the escape of a rat from the machine, and its disappointing attempt to seek sanctuary beneath the heater whereat it overexposed itself and its impregnated coat, and returned in haste and flames to its original hideout. Even though such be a fact, it is not a controlling fact, and serves chiefly to ratify the conclusion that the room was permeated with gasolene vapors. Negligence would be predicated of the juxtaposition of the gasolene and the open flame (…)

It is argued that the deceased disobeyed instructions in using gasolene. Without discussing the efficacy of such contention as a complete bar, the record fails to show that any such orders were ever given the deceased. The insistent and consistent testimony of defendants' witnesses that there were repeated admonitions to employees not to use gasolene is more relevant to the

foreseeability, even expectancy, of defendant that resort would be made to this cleaning agency, than to the fact of disobedience, since there is no showing that deceased himself was warned.

4.3. STS, 1ª, 597/1996, de 19 de julio, MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes.

El 12 de septiembre de 1987, hacia el atardecer, un tractor que remolcaba una voluminosa carga de paja subía por la calle de la Amargura de Santa Cristina de Valmadrigal, Valladolid, cuando, al poco de iniciar la cuesta, la paja rozó una línea de baja tensión que cruzaba la calle y cuyos cables habían perdido el aislante. Al contacto, saltó una chispa, la paja prendió, ardió toda la carga, algunas pavesas volaron, llevadas por el calor y el viento, hasta la ventana abierta de una casa vecina, ardió una cortina y con ella toda la casa.

Sus propietarios demandaron 105.857 € al conductor del tractor, a su propietario, a la aseguradora con la que el propietario tenía contratado el seguro obligatorio de vehículos, a quien había sido propietario del remolque, así como a "Electromolinera de Valladolid" que explotaba la línea eléctrica y a la aseguradora de la responsabilidad civil de esta última.

La Sentencia de primera instancia condenó a los demandados a pagar a los actores una indemnización de 59.748 €. En apelación, la Audiencia mantuvo la condena, especificando que el conductor, el propietario del tractor y la aseguradora debían responder de un 60% de la indemnización, y Electromolinera de Valladolid y su aseguradora, del 40% restante, pero absolvió al propietario del remolque pues entendió *"que era excesivo atribuir una responsabilidad in vigilando al propietario de un vehículo de por sí inmóvil"*.

El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación de tres de los propietarios demandantes en el único sentido de imponer el pago de los intereses legales desde la sentencia de primera instancia y confirmó el resto de pronunciamientos de la SAP:

"[A]unque esta Sala tiene establecido que puede incluirse en el precepto (art. 1903), ampliado por analogía, a la relación de comodato y por tanto la conducta del dueño de un vehículo que lo cede a persona inexperta para conducir y causa con él un grave accidente (...) [E]n el caso que nos ocupa (...) falta el presupuesto inexcusable de una relación jerárquica para la responsabilidad por hecho ajeno o indirecta (...) máxime si se tiene en cuenta, como hace la Audiencia, que el remolque es de por sí un objeto inmóvil, que solo puede ser arrastrado por otro, siendo al propietario y conductor de éste (del automóvil) a quienes debe abarcar la responsabilidad, al último incluso por la colocación de la carga, sin que aparezca clara la incardinación del supuesto en el nº 1º del art. 1908, para exigir tal responsabilidad [al propietario del remolque] (...), pues, repetimos, no aparece acción u omisión achacable (por indemostrada) al mismo, ni se le puede realizar una imputación puramente objetiva".

5. Causalidad Adecuada (Proximate Cause / Adäquanztheorie)

5.1. STS, 1ª, 255/1997, de 1 de abril, MP: Pedro González Poveda.

Un atracador forcejeó e hirió con una navaja a la actora, una mujer que, de madrugada, había entrado en un local con cajero automático de la entidad bancaria luego demandada. El pestillo de la puerta estaba roto. La actora reclamó a la demandada una indemnización de 90.152 €. En primera instancia su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El TS confirmó la decisión de la Audiencia con razones referidas a la causalidad adecuada:

"(…) para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; (...) una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido (...) [E]s precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo" (F.D. 2º).

Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución.

5.2. STS, 1ª, 377/2004, de 12 de mayo, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Un perro, de raza Dobermann y cuyo propietario era Lázaro, se escapó, entró en la finca colindante y vecina, propiedad de Millán y Claudia, y comenzó a pelearse con el perro de éstos. Tras forcejear para separarlos, Millán sufrió una parada cardiaca que le provocó la muerte. Por estos hechos se iniciaron actuaciones penales que fueron archivadas por auto de 20.5.1996. La viuda de Millán viuda demandó a Lázaro y solicitó una indemnización de 55.896,18 €. El JPI nº 3 de Tortosa (17.11.97) estimó íntegramente la demanda en aplicación del art. 1905 CC que establece una responsabilidad objetiva del poseedor de animales: *"[e]l poseedor de un animal, o el que se sirva de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido"*. El demandado apeló y la AP de Tarragona (Sección 3ª, 3.2.1998) estimó en parte su recurso en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización a 27.948,08 € porque consideró la contribución de la propia víctima al daño:

"Respecto de si este infarto fue directamente causado por la pelea del perro del actor o bien fue una circunstancia casual (…) debemos concluir, con el Juez «*a quo*», que hubo una relación directa entre el hecho de que el perro del demandado penetrase en la finca del señor S. y el hecho de que éste muriese, y ello porque (…) lo cierto es que tenemos a una persona de 66 años con una gravísima dolencia cardíaca (…); tenemos, además, una situación de tensión, como es la pelea del propio perro, provocada por la invasión, por parte del perro del demandado, de su finca, siendo este perro mayor y de raza especialmente agresiva y fuerte; y, finalmente, un especial esfuerzo necesario para separar ambos perros. Del conjunto de estos factores se extrae la conclusión, basada en el informe forense (…) [de que] el esfuerzo exagerado (…) habrí[a] aumentado sus requerimientos de irrigación miocárdica que las válvulas coronarias no podían suplir, colapsando una de ellas (…).

[S]i atendemos a la teoría de la causalidad adecuada, según invoca la sentencia recurrida (…) y esto es que el resultado sea consecuencia virtual y suficiente de la determinación del evento dañoso, resulta que en este caso concurrió otra causa muy relevante, la previa grave enfermedad del fallecido, sin la cual no se podía haber producido el fallecimiento, causa que a su vez concurrió por una cierta imprudencia de la víctima, ya que, conocedor el señor S. como nadie de su grave estado, debería haber dejado que su esposa intentase separarlos o intentarlo con otros métodos (manguerazo de agua) o incluso dejar que se peleasen (…) Por tanto, hubo dos causas relevantes, la invasión por el perro y la intervención del señor S., pese a su enfermedad cardíaca, que por sí no hubieran dado lugar al desenlace, pero que juntas resultaron fatales, al interaccionar ambas entre sí, sin que pueda darse mayor relevancia a una y otra" (FD. 4º).

El TS desestimó el recurso de casación del demandado y confirmó la SAP:

[D]e una manera incuestionable y a través de una hermenéusis lógica y racional en la sentencia recurrida se llega a la conclusión basada en un informe pericial del médico forense que afirma que el "desenlace -muerte- era de preveer [rectius: prever] debido a estas placas ateromatosas obstructivas en las coronarias", que indican un enlace causal, preciso y directo entre la entrada violenta del perro y la muerte de [Lázaro]" (FD. 2º).

5.3. STS, 1ª, 208/2019, de 5 de abril, MP: Eduardo Baena Ruiz.

La caída de chispas y material incandescente de las cubiertas de los cables de una línea eléctrica propiedad de Endesa causó un incendio con consecuencias devastadoras: miles de hectáreas arrasadas y cuatro fallecidos:

"La causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta.

Pero no es el caso, pues aún contemplando este a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada, no se excluye la imputabilidad (sentencia número 545/2007, de 17 de mayo (RJ 2007, 3542)), porque habida cuenta las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la instancia, no cabía descartar como extraordinariamente improbable (ex ante y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido, esto es, el incendio.

Que sea devastador, como es el caso, o más limitado no es lo sustancial, pues no constan concausas imputables a terceros que coadyuvaran al mismo ó a agravar su resultado".

5.4. STS, 3ª, de 18 de mayo de 2010 (RJ 3651), MP: Enrique Lecumberri Martí.

El 10.11.2000, Salvador, quien cumplía condena de privación de libertad, impuesta por Sentencia de 15.11.2000, por sendos delitos de homicidio y tenencia ilícita de armas, se fugó del Hospital Carlos de la Haya donde recibía tratamiento médico, tras liberarse de los grilletes que lo esposaban a la cama y aprovechando que el policía encargado de su custodia se encontraba en el aseo como consecuencia de una momentánea indisposición. El 13.4.2001, con ocasión de un altercado al haber varios coches mal aparcados, Salvador disparó a Fructuoso, causándole

lesiones en una pierna que determinaron su amputación por encima de la rodilla y su incapacidad permanente total. La SAP de Alicante (Sección 1ª, 13.2.2004) condenó a Salvador como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa y un delito de tenencia ilícita de armas con la agravante de reincidencia y a indemnizar a Fructuoso en 4.717,26 euros por gastos y en 300.000 euros por la secuela y daños morales. Fructuoso interpuso reclamación administrativa previa frente al Ministerio del Interior, que la desestimó en resolución de 26.2.2007. La SAN (4.6.2008) estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Fructuoso y, tomando como base la indemnización determinada en la vía penal, imputó a la Administración la mitad de la cantidad concedida por daños personales más los gastos (154.717,26 euros), porque "no puede dejarse de apreciar una conducta en algún aspecto negligente en la custodia del preso" (FD 4º STS) y "de no haberse producido el funcionamiento anormal de los servicios públicos, la fuga no habría tenido lugar y, en consecuencia, tampoco la agresión(…) En suma, la intervención del tercero en la causación del daño tuvo gran relevancia pero no la intensidad bastante para romper totalmente el nexo causal" (FD 2º STS). El TS desestimó los recursos de casación interpuestos por ambas partes y confirmó la SAN:

"[E]s preciso que haya algún punto de conexión entre el daño y el servicio público, que puede ser por lo general "directo, inmediato y exclusivo", pero, en ocasiones basta [que sea] "indirecto, sobrevenido y concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima"(…) Así, en la [STS, 3ª, 4.6.2002, RJ 6292] dijimos: "(…) que no son admisibles (…) restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante o socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor (…) a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción (…) del daño, o la gravísima negligencia de ésta (…)" (FD 3º).

"En supuestos similares (…) hemos declarado que (…) los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos derivados de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública (…) que (…)debe repartirse entre todos (…)" (FD 4º)

"[A]preciamos la existencia de una concurrencia de causas, determinante de una moderación en el quantum indemnizatorio (…)" (FD 4º).

Véase, en el mismo sentido, la STS, 1ª, (RJ 2441), de 3 de marzo de 2010 en un caso en el que un preso falleció por agresión con arma blanca en los lavabos de la prisión: "la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes (aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización)" (FD 6º).

5.5. Material complementario: Stahlecker v. Ford Motor Company [266 Neb. 601, 667 N.W.2d 244 (2003)]

This is a civil action for damages resulting from the injury and wrongful death of Amy M. Stahlecker (Amy). Appellants, Susan Stahlecker and Dale Stahlecker, parents of the deceased and special administrators of her estate, alleged that during the early morning hours of April 29, 2000, Amy was driving a 1997 Ford Explorer equipped with Firestone Wilderness AT radial tires in a remote area of western Douglas County, Nebraska, when one of the tires failed, rendering the vehicle inoperable. They further alleged that Richard Cook encountered Amy "alone and stranded" as a direct result of the tire failure and that he assaulted and murdered her. The Stahleckers brought this action against Ford Motor Company (Ford), the manufacturer of the vehicle; Bridgestone/Firestone, Inc. (Firestone), the manufacturer of the tire; and Cook. The district court for Dodge County sustained demurrers filed on behalf of Ford and Firestone and dismissed the action as to those parties. We affirm.

The Stahleckers alleged that "long before April 29, 2000," Ford and Firestone had actual knowledge of "the defective nature of the Ford Explorer's Firestone tires and their propensity to unexpectedly blow out causing wide-ranging results that included stranding and rollovers." The Stahleckers alleged that Ford and Firestone withheld this knowledge from consumers and the general public and advertised the Ford Explorer equipped with Firestone tires as "dependable when used under similar circumstances as Amy was using them during the early morning hours of April 29, 2000."

In order to prevail in a negligence action, a plaintiff must establish the defendant's duty to protect the plaintiff from injury, a failure to discharge that duty, and damages proximately caused by the failure to discharge that duty. (…) by alleging that Ford and Firestone failed to exercise reasonable care in designing and manufacturing their tires, and failed to warn users of potential tire defects, the Stahleckers have alleged the existence of a legal duty and a breach thereof by both Ford and Firestone. The remaining issue is whether the breach of this duty was the proximate cause of Amy's harm.

The proximate cause of an injury is "that cause which, in a natural and continuous sequence, without any efficient, intervening cause, produces the injury, and without which the injury would not have occurred." (…) Stated another way, a plaintiff must meet three basic requirements in establishing proximate cause: (1) that without the negligent action, the injury would not have occurred, commonly known as the "but for" rule; (2) that the injury was a natural and probable result of the negligence; and (3) that there was no efficient intervening cause (…)

As to the first requirement, a defendant's conduct is the cause of the event if "the event would not have occurred but for that conduct; conversely, the defendant's conduct is not a cause of the event if the event would have occurred without it." Haselhorst v. State, 240 Neb. at 899, 485 N.W.2d at 187. In this case, accepting as true the allegations of the operative amended petition, the first element of proximate causation is established. The petition alleges that Cook "found Amy alone and stranded as a direct result of the failure of the Firestone Wilderness AT Radial Tire and proceeded to abduct, terrorize, rape and murder Amy." Firestone concedes that under the factual allegations of the Stahleckers' petition, that "but for" the failure of its tire, Amy would not have been at the place where she was assaulted and murdered.

The second and third components of proximate causation are somewhat interrelated. Was the criminal assault and murder the "natural and probable" result of the failure to warn of potential tire failure, or did the criminal acts constitute an effective intervening cause which would

preclude any causal link between the failure to warn and the injuries and wrongful death for which damages are claimed in this action? An efficient intervening cause is a new, independent force intervening between the defendant's negligent act and the plaintiff's injury. (…) This force may be the conduct of a third person who had full control of the situation, whose conduct the defendant could not anticipate or contemplate, and whose conduct resulted directly in the plaintiff's injury (…).

This principle requires that we determine whether the duty owed to Amy by Ford and Firestone, as manufacturers and sellers of the allegedly defective tires, included a duty to anticipate and guard against criminal acts perpetrated against the users of such tires. (…)

Generally, we have recognized a duty to anticipate and protect another against criminal acts where the party charged with the duty has some right of control over the perpetrator of such acts or the physical premises upon which the crime occurs (…).

We have found no authority recognizing a duty on the part of the manufacturer of a product to protect a consumer from criminal activity at the scene of a product failure where no physical harm is caused by the product itself. (…) The Stahleckers argue that a duty to anticipate criminal acts associated with product failure arises from their allegations that Ford and Firestone knew or should have known of "the potential for similar dangerous situations arising as a result of a breakdown of a Ford Explorer and/or its tires resulting in danger to its consumers and users from criminal activity, adverse weather conditions, inability to communicate with others or any combination thereof". They also allege that Ford and Firestone had or should have had "knowledge, to include statistical information, regarding the likelihood of criminal conduct and/or sexual assault against auto and tire industry consumers as a result of unexpected auto and/or tire failures in general". Assuming the truth of these allegations, the most that can be inferred is that Ford and Firestone had general knowledge that criminal assaults can occur at the scene of a vehicular product failure. However, it is generally known that violent crime can and does occur in a variety of settings, including the relative safety of a victim's home. The facts alleged do not present the type of knowledge concerning a specific individual's criminal propensity, or right of control over premises known to have been the scene of prior criminal activity, upon which we have recognized a tort duty to protect another from criminal acts. The Stahleckers have not and could not allege any special relationship between Ford and Firestone and the criminal actor (Cook) or the victim of his crime (Amy) which would extend their duty, as manufacturers and sellers of products, to protect a consumer from harm caused by a criminal act perpetrated at the scene of a product failure (…).

Although the operative amended petition alleges sufficient facts to establish that Ford and Firestone negligently placed defective products on the market which caused Amy to become stranded at night in a remote location, it alleges no facts upon which either Ford or Firestone would have a legal duty to anticipate and guard against the criminal acts which were committed at that location by another party. Therefore, the criminal acts constitute an efficient intervening cause, which necessarily defeats proof of the essential element of proximate cause.

Affirmed.

6. Riesgos generales de la vida (General Life Risks / Erlaubte Risiken)

6.1. STS, 3ª, 29 de octubre de 1998 (RJ 8421), MP: José Manuel Sieira Míguez.

Un joven que se arrojó al mar desde un rompeolas murió ahogado. Su madre pretendió responsabilizar a la Junta de Cantabria por no haber señalizado el lugar como peligroso. En vano: el mar siempre lo es y no es razonable señalizar toda la costa.

Parecidamente, la **STS, 3ª, de 8 de abril de 2003 (RJ 3683), MP: Francisco González Navarro,** resuelve un caso en el que una viandante sufrió daños en sus rodillas al golpearse contra un muro a causa de un fuerte golpe de mar que superó el Muro de San Lorenzo del paseo marítimo de Gijón, Asturias. El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la actora sirviéndose de los criterios del riesgo general de la vida y de la asunción de riesgos por parte de la víctima, pues, debido al temporal, la policía municipal había cortado el tráfico en el paseo marítimo y había advertido a los viandantes de que tuvieran cuidado al transitar por la zona. El Tribunal afirmó:

"De ello se deduce la ruptura del nexo causal conforme a los criterios anteriormente mencionados, toda vez que las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder de la accidentada hoy actora, toda vez que como señala la resolución recurrida «quien pese a la evidencia del temporal existente no dudó en circular por la zona donde lo hizo, sin duda convencida de que podía hacerlo sin riesgo alguno para su integridad física»."

"Es por ello que pese a la obligación de la Administración demandada del mantenimiento de las condiciones mínimas y elementales de seguridad de las calles y paseos públicos locales, toda vez que las entidades de la Administración local tienen la obligación inexcusable de mantener tales vías públicas abiertas a la circulación peatonal y viaria, en condiciones tales que la seguridad de quienes la utilizan esté normalmente garantizada, en el caso enjuiciado, no puede invocarse imprevisión de la Policía Municipal, al adoptar idénticas medidas que la propia reclamante, por lo que un hecho inesperado conlleva la imposibilidad de procurar medios adecuados para su evitación, toda vez que el golpe de mar que superó el «Muro» de San Lorenzo y alcanzó a la recurrente resultó inesperado, razones todas ellas que llevan a la desestimación del recurso interpuesto, sin que la prueba testifical practicada sea suficiente para desvirtuar lo anteriormente reseñado." (FD 3º).

6.2. STSJ Comunidad Valenciana, Sala C-A, Secc. 1ª, 55/2003, de 2 de enero, MP: Mariano Ayuso Ruiz-Toledo.

La doctrina del riesgo general de la vida no sólo se aplica a riesgos derivados de causas naturales, sino también a riesgos creados por el ingenio humano. En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana, Sala C-A, Secc. 1ª, 55/2003, de 2 de enero resolvió un caso en el que la víctima falleció al ser arrollada por un tren mientras cruzaba por un paso a nivel en la estación de Benimámet, Valencia. Todas las señales funcionaban correctamente y el conductor no sólo había utilizado las

señales acústicas correspondientes sino que, al advertir que alguien cruzaba la vía, disminuyó la velocidad hasta casi detener el tren en el momento de la colisión. El Tribunal desestimó el recurso interpuesto por los familiares de la víctima al afirmar que:

"[L]a causa eficiente del accidente fue la propia conducta de Dña. Marí Luz. (...) Podría plantearse la existencia de responsabilidad por la propia existencia del paso a nivel en el ámbito urbano, mas entiende la Sala que los mismos -aun cuando sea deseable su desaparición por la paulatina conversión de las líneas en subterráneas en las zonas urbanas y así parece que se realiza con las de nueva construcción- son necesarios para el normal funcionamiento del servicio público y lo que es exigible a las Administraciones Públicas implicadas es el establecimiento de las medidas de seguridad legalmente previstas. Una vez establecidas éstas, en correcto funcionamiento y desplegada la diligencia exigible por los empleados (como es el caso), no puede imputarse a dichas Administraciones la producción de accidentes por la inobservancia de las medidas por los usuarios" (FD 5º).

7. Prohibición de regreso y posición de garante *(Remoteness / Regressverbot und Garantenstellung)*

No cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero. Así, no cabe responsabilizar al deudor que pagó una deuda al acreedor por el crimen que éste perpetró luego con armas adquiridas gracias al dinero pagado. La doctrina en cuestión sólo puede analizarse con precisión en sede de autoría y participación, materia muy alejada del objeto de estas notas. Aquí bastará con indicar que el demandado no responderá salvo que hubiera estado en posición de garante en el momento en que ocurrieron los hechos. En derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley (padres, maestros, empleadores, propietarios, anfitriones, amigos), o bien se establecen primero social y después jurisprudencialmente para cada sector específico del tráfico.

El ejemplo clásico de prohibición del regreso es la interposición de una conducta dolosa de un tercero, sobre todo si es delictiva. Así, la jurisprudencia de la Sala Tercera rechazaba históricamente las reclamaciones de las víctimas de delitos, pues consideraba que su comisión derivaba exclusivamente de la actuación voluntaria del delincuente, pero no del funcionamiento de los servicios públicos de seguridad ciudadana. Sin embargo, el criterio de la prohibición del regreso admite muchas modulaciones normativas y la evolución de la jurisprudencia española da razón de alguna muy significativa.

La **STS, 3ª, de 16 de diciembre de 1997 (RJ 9422), Juan Antonio Xiol Ríos** inició un cambio de nota: condenó a la Administración central del Estado a pagar 75.121 € a la viuda de la víctima de un robo con homicidio perpetrado por dos reclusos que disfrutaban de un permiso penitenciario. Otras han seguido después: por ejemplo, las **SSAN, Sala C-A, Secc. 4ª, de 30 de mayo de 2001 (RJCA 1236), MP: Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández** y **de 20 de marzo de 2002 (JUR 2003\58684), MP: Lourdes Sanz Calvo**: dos casos trágicamente gemelos protagonizados por los mismos delincuentes que cometieron sendos robos con homicidio consecutivos, el mismo día y contra dos taxistas; uno de los autores había sido objeto de una medida cautelar en un centro de internamiento de extranjeros en trámite de expulsión, posteriormente había cumplido una condena de dos semanas en prisión pero, en lugar de ser

devuelto al centro de internamiento, había sido puesto en libertad, circunstancia que aprovechó para asaltar a sus víctimas con ayuda de un tercero. La primera sentencia condenó a la Administración a pagar 132.222,66 € y, la segunda, 120.202 €. También conforman esta línea jurisprudencial las SSTS, 3ª, 25.5.2000, 4.6.2002, 14.10.2004 y 18.5.2010 o la más reciente:

STS, 3ª, de 29 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2517), MP: Celsa Pico Lorenzo.

El 17.7.2002 se produjo un atraco en la oficina de Caja Madrid sita en la calle Toledo, número 77, de Madrid. Cesáreo, empleado de dicha entidad, recibió un disparo de Marino, a quien se le había concedido un permiso penitenciario de salida mediante Auto de 11.1.2002 del Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla-León. Como consecuencia del disparo, Cesáreo sufrió una herida penetrante abdominal en hipocondrio izquierdo y quedó en situación de incapacidad permanente absoluta.

Cesáreo reclamó una indemnización de daños y perjuicios al Ministerio del Interior. La Secretaria General Técnica, por delegación del Ministro del Interior, desestimó la reclamación mediante resolución expresa de 16.6.2008.

Acto seguido, la víctima interpuso, contra la resolución de la Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior, recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN. El 30.9.2009, la AN dictó sentencia con la cual estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por Cesáreo y condenó al Ministerio al pago de 250.000 euros, en concepto de daños y perjuicios, sin costas.

La Administración del Estado interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AN. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y condena en costas a la Administración. En particular, el TS desestima el recurso de casación asumiendo que la Administración ha de responder de los daños derivados del fracaso de los permisos carcelarios. En efecto, la concesión de un permiso carcelario no implica la desaparición de la relación existente entre el interno y la Administración "consecuencia de la denominada relación de 'supremacía especial', de la que dimanan un conjunto de derechos y deberes entre ambos, y que no quedan en suspenso o desaparecen durante los periodos de permiso, sino que continúan, incluso fuera del centro penitenciario" (FJ 1o), sin desconocer que, en casos como los de autos, el hecho causante del resultado dañoso no dimana directamente de la actividad o de los servicios de la Administración.

El TS fundamenta su decisión sobre una doctrina jurisprudencial ya sentada por la Sala 3a (SSTS de 7.10.1997, 25.5.2000, 4.6.2002, 14.10.2004 y 18.5.2010), afirmando que "(...) la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos derivados de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de la solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público (...)" (FD 3º).

De la Sala 2ª del Tribunal Supremo, véase la **STS, 2ª, 966/2001, de 29 de mayo, MP: José Antonio Martín Pallín**: un recluso, durante un permiso, hirió y violó a una mujer. El TS negó la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex* artículo 121 del Código Penal porque

los presos no son funcionarios públicos, al tiempo que sugirió reclamar por error judicial vía artículos 292 y ss. LOPJ.

El regreso al infinito en la cadena causal es ubicuo en el debate político, en las redes sociales, en las sobremesas y tertulias. Permite a cualquiera imputar cualquier desastre a usted o a mí, al presidente del gobierno español o al de los Estados Unidos de América, a los italianos, en algún sentido sucesores (como nosotros, por supuesto) del Imperio Romano o a los ingleses, nietos del Británico. Pero destroza el derecho entendido como conjunto de reglas y principios que nos permiten saber a qué habremos de atenernos en la vida. También disloca la estructura social, económica y cultural de cualquier sociedad y mina la división del trabajo: como no excluye a nada ni a nadie de la incumbencia por cualquier cosa convierte al derecho en ritual, a los juicios en ceremonia y a las condenas en farsa. Por esto, los juristas de oficio siempre han defendido que *In jure non remota causa sed próxima spectatur* (Francis Bacon) y los viejos catedráticos de derecho, como quien escribe estas líneas, tenemos siempre la tentación de arruinar muchas presentaciones de derecho (civil, penal, administrativo) de daños, preguntando al ponente "¿De acuerdo con su tesis, de qué daños no hay que responder aunque, materialmente, el demandado los haya originado?", ¿cuándo procede absolver a un causante de daños de la pretensión de sus víctimas?. El caso siguiente, la **STS 216/2016, de 6 de abril, MP: Fernando Pantaleón Prieto**, es ejemplar y su calidad jurídica justifica la transcripción prácticamente íntegra de la resolución sin más comentarios:

"PRIMERO.-El día 31 de julio de 2012 una o varias personas desconocidas provocaron un incendio en un pequeño solar, de dueño también desconocido, en el que existía una edificación en estado ruinoso y se acumulaban grandes cantidades de basuras, desechos y antiguos enseres rotos o desvencijados.

Dicho solar lindaba con la parte trasera de una de las dos zonas en que se dividía un amplio local de negocio que, cuando acaeció el incendio, ocupaba como arrendataria la compañía Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. [en adelante, «DIA»], que explotaba en dicho local un supermercado.

Esa zona -que llamaremos «zona B»- consistía en una nave industrial ubicada en un patio de manzana, que carecía de sótano y de edificación por encima, y que estaba cerrada por una cubierta en diente de sierra constituida por cerchas metálicas y cubrimiento de placas de fibrocemento onduladas tipo «uralita» con impermeabilización asfáltica en su cara superior.

La otra zona -la «zona A»- la integraban los locales comerciales en la respectiva planta baja de los edificios de viviendas situados en los números 11 y 13 de la calle Carmen Portones de la ciudad de Madrid. Esa zona compartía estructura con las viviendas situadas en las plantas superiores: una estructura de pilares, vigas y forjados de hormigón.

Las llamas del incendio originado en el solar contiguo llegaron a lamer el alquitrán que impermeabilizaba la cubierta de la «zona B», que cayó en forma líquida, con ignición de objetos y mercancías que se encontraban en el interior de la nave; y el fuego se transmitió al resto del local del negocio ocupado por el supermercado, que resultó arrasado.

En lo que en esta sede interesa, el fuego afectó a la capacidad portante de la estructura de vigas y pilares de la fachada posterior del edificio situado del número NUM000 de la CALLE000.

La Comunidad de Propietarios del mismo interpuso demanda contra DIA; contra su aseguradora de responsabilidad civil, Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.; y contra don Jesus Miguel , como autor del Proyecto de Acondicionamiento Interior y la Implantación de Actividad, necesario para que se concediera en su momento a DIA la licencia de funcionamiento del supermercado.

La parte actora pidió que se declarase a los demandados responsables de los daños y perjuicios que le había causado el incendio arriba relatado, y su derecho a percibir de ellos una indemnización de 86.439,09 euros: importe de la liquidación girada a la Comunidad de Propietarios por el Ayuntamiento de Madrid, que, una vez extinguido el incendio, había procedido, por vía de ejecución sustitutoria, a realizar las obras de demolición y retirada de escombros, así como a estudiar y adoptar las medidas de seguridad y reparaciones estructurales urgentemente necesarias para el aseguramiento del inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó, por prescripción extintiva de la acción, las pretensiones dirigidas contra don Jesus Miguel . Y estimó las ejercitadas contra DIA y contra su aseguradora, a las que condenó a pagar solidariamente a la Comunidad de Propietarios actora la referida cantidad de 86.943,09 euros. A este respecto, la sentencia del Juzgado dijo:

«Consta suficientemente acreditado en autos, por lo que no es necesario incidir más en ello, que el incendio tuvo su origen o inicio en el solar contiguo al local comercial, propagándose a los edificios colindantes por consecuencia de las altas temperaturas estivales y el material acumulado en dicho solar. Así, establece el informe emitido por el Departamento de Extinción de Incendios que 'el origen provino de la zona del solar contiguo en el que se aprecian varios focos de fuego dispersados, que las llamas hubieron lamido la impermeabilización derritiendo en alquitrán y cayendo en forma líquida y con ignición sobre los elementos de exposición, transmitiéndose al resto. Como causa de la rápida propagación del incendio, cabe atribuirlo al tipo de construcción de la cubierta, a base de uralita y lámina impermeabilizante que la cubría'. En parecidos términos se expresan las resoluciones judiciales dictadas en actuaciones tramitadas por consecuencia de dicho incendio. Así, la sentencia dictada por el Juzgado de igual clase nº 77. La actora pretende atribuir la responsabilidad en la propagación del fuego (contribución causal al resultado) al supermercado por entender que el local infringía la normativa sobre incendios.

»El informe de la Unidad de Análisis y Captación de Datos emitido por el Departamento de Extinción de Incendios establece como causa de la rápida propagación del incendio el tipo de construcción de la cubierta del supermercado a base de uralita y lámina impermeabilizante (alquitrán) que la recubría todo ella.

»Los dictámenes emitidos por las partes discrepan en orden al cumplimiento de la normativa de incendios. Si bien un examen razonable de éstos, unido a lo ya expuesto por el Departamento de incendios, conducen a dar mayor verosimilitud al aportado por la actora, pues no parece prudente, dado el tipo de productos que se almacenaban en el supermercado, algunos de ellos altamente inflamables (limpieza, perfumería, insecticidas, etc.), construir su cubierta a base de uralita y alquitrán. Y ello, con independencia del cumplimiento o no de la citada normativa. Al ser posible la existencia de negligencia con o sin infracción de reglamentos.

»En definitiva, habiendo concurrido la demandada DIA al resultado causal por no haber adaptado su conducta a lo que la prudencia le exigía, procede estimar la demanda contra ella y su aseguradora, conforme a lo establecido en los arts. 1902 CC y 76 LCS [...]».

En lo relevante en esta sede, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora Allianz y desestimó la demanda. Los pronunciamientos finales de la sentencia de la Audiencia fueron éstos:

«En este caso, según se razonó con arreglo a la doctrina jurisprudencial aplicable al hecho enjuiciado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia nº 38/2008, del Juzgado de Primera Instancia nº 77 de Madrid, de 25 de febrero de 2008 , dictada en el procedimiento verbal nº 1177/2007, deduciéndose de su contenido que la persona responsable del incendio es la propietaria del solar abandonado donde se originó según los informes del servicio de bomberos de 27 de septiembre de 2006, y su complementario, en los que se expresó que el origen del incendio provino de la zona del solar contiguo, en el que se aprecian varios focos de fuego dispersados, tratándose de un fuego de pasto, con propagación a chabolas colindantes. El hecho de que fuera provocado el origen del incendio del local siniestrado no inculpa a la arrendataria y explotadora del mismo, al desconocerse la autoría del foco primario del incendio, o el elemento desencadenante del mismo, no constando la concurrencia de combustión espontánea u otra causa anómala de ignición, por lo que no existen pruebas de la presunta culpabilidad de DIA, ni que se deba el incendio a falta de vigilancia, u otro motivo dependiente de la mayor o menor diligencia en el cuidado y mantenimiento de las instalaciones del local, funciones que corren de cuenta y riesgo de dicha parte, que no consta se haya descuidado en la atención de las mismas».

Se notará que ambas resoluciones se refieren a la Sentencia dictada el 25 de febrero de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid . Se desestimó en ella una demanda interpuesta contra DIA por la aseguradora de daños del piso 4º C del edificio situado en el número 13 de la CALLE000 , que había indemnizado los daños producidos en esa vivienda por el mismo incendio. En dicha resolución, que quedó firme, el Juzgado se basó en la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de esta Sala de 18 de julio de 2006 , en orden a concluir:

«Trasladando toda esta doctrina al supuesto de las presentes actuaciones, no cabe duda que con base en las pruebas practicadas se acredita la existencia del incendio, y los daños reclamados, que tienen su causa en el mismo, pero la cuestión se centra en establecer si el mismo se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, es decir, si el origen del incendio lo fue dentro del supermercado, con independencia de la causa que lo produjo [...]

»Con base en el informe del Servicio de Extinción de Incendios y de conformidad con los análisis efectuados el 4 de agosto de 2006, no puede establecerse que el origen del incendio estuviera en el local de la demandada, por cuanto se hace constar que tal origen estuvo en un solar contiguo [...]

»Por lo tanto, si no se acredita que el origen del incendio lo fue dentro de los almacenes o en el supermercado de la demanda, o en terrenos que fueran propiedad de ésta, conforme a la doctrina citada con anterioridad, no se le puede atribuir la responsabilidad de los daños que se le reclaman [...]».

SEGUNDO.-Contra la sentencia de la Audiencia en el presente caso, la Comunidad de Propietarios actora ha interpuesto recurso de casación por la vía del interés casacional.

En su único motivo, la ahora recurrente denuncia infracción del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia concretada en las Sentencias de esta Sala de 18 de julio de 2006 y 24 de enero de

2002 . Tras citar extensamente la primera de esas Sentencias y reconocer que, en principio, la Audiencia a quopartió en la suya de la doctrina jurisprudencial correcta, la recurrente escribe:

«Sin embargo, es en el análisis de la concreta responsabilidad de Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA) ex artículo 1902 del Código, cuando la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia que se indica en el presente motivo.

»En ese sentido, y a modo de conclusión, finaliza el fundamento jurídico noveno expresando que no existen pruebas de la presunta culpabilidad de DIA ni que se deba el incendio a falta de vigilancia u otro motivo dependiente de la mayor o menor diligencia en el cuidado y mantenimiento de las instalaciones del local, funciones que corren de cuenta y riesgo de dicha parte, que no consta que se haya descuidado en la atención de las mismas. Olvidando que si DIA hubiese cumplido con las normas antiincendio, de resistencia al fuego tanto en su cubierta como en la estructura portante, el fuego no se habría propagado con la velocidad y voracidad con que lo hizo, no produciéndose los daños y con una labor menor de los bomberos se habría sofocado. No hay que olvidar las características de los materiales almacenados, como colonias, detergentes, pinturas, etc. Todos estos extremos fueron acreditados en la instancia, mediante las testificales y periciales oportunas.

»Sin embargo, la resolución impugnada ignora la jurisprudencia que recoge la Sentencia nº 820/2006, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fecha 18 de julio de 2006 , con estos términos: '... con arreglo a esta doctrina no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente el haberse probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad (S. 29 abril 2002)'».

A continuación, la recurrente alega que «es obvio el incumplimiento de las exigibles medidas de seguridad por parte de DIA», y que ello fundamentó la estimación de su demanda en la primera instancia. Y tras resumir el contenido de la sentencia del Juzgado, concluye:

«[C]on independencia de la causa concreta que originó el fuego -desconocida en el presente caso, como en el de la sentencia de fecha 18 de julio de 2006 - lo realmente relevante es que la propagación del fuego a la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , nº NUM000 -el incendio en sí- proviene del local de la codemandada y que, de conformidad con la jurisprudencia que se entiende infringida - Sentencia de fecha 18 de julio de 2006 -, o bien por aplicación de la doctrina de la responsabilidad por riesgo, ya que en el establecimiento abierto al público del que era arrendataria DIA existían productos altamente inflamables - Sentencia de 20 de mayo de 2005 [...]- o, aun sin aplicación de dicha doctrina, puesto que, dado el almacenamiento de esos productos no se adoptaron la medidas de seguridad adecuadas -se construyó la cubierta a base de uralita y alquitrán-, cabe atribuir [a DIA] responsabilidad extracontractual de los daños causados [...] por, en definitiva, como manifestaba la sentencia dictada en primera instancia, haber concurrido dicha demandada al resultado causal por no haber adaptado su conducta a lo que la prudencia exigía».

Así formulado, el motivo único y, por ende, el recurso de casación debe ser desestimado por las siguientes razones:
1ª) Basta una somera lectura de las Sentencias de esta Sala 29/2004, de 24 de enero (Rec. 2274/1996) y 820/2006, de 18 de julio (Rec. 4029/1999) -en las que pretende basarse el interés

casacional del recurso-, y la de tantas otras intermedias y posteriores que sientan la misma doctrina [SSTS 392/2002, de 29 de abril (Rec. 3537/1996), 210/2003, de 27 de febrero (Rec. 2265/1007), 1136/2004, de 23 de noviembre (Rec. 3052/1998), 17/2005, de 3 de febrero (Rec. 3483/1998), 358/2005, de 20 de mayo (Rec. 4491/1998), 463/2005, de 9 de junio (Rec. 110/1999), 463/2005, de 9 de junio (Rec. 110/1999), 820/2006, de 18 de julio (Rec. 4029/1999), 112/2008, de 15 de febrero (Rec. 5559/2000), 485/2008, de 28 de mayo (Rec. 4401/2000), 425/2009 /, de 4 de junio (Rec. 2293/2004), 603/2009, de 24 de septiembre (Rec. 2623/2004), 979/2011, de 27 de diciembre (Rec. 1736/2008), y 265/2012, de 30 de abril (Rec. 1391/2009)], para constatar que contemplan casos en los que está probado que el incendio se originó en el ámbito o círculo de la actividad empresarial del demandado, o incluso en su vivienda: en un lugar sometido a su control y vigilancia. Y contemplan esa constelación de casos en orden a establecer que, para imponer al demandado responsabilidad por los daños causados por la propagación del incendio, no es necesario que se conozca la causa concreta que lo causó, correspondiendo a aquél la carga de probar la existencia de la actuación intencionada de terceros; o serios y fundados indicios de que el incendio haya podido provenir de agentes exteriores; o incluso que nada había, en el lugar en el que el fuego se originó, que representase un especial riesgo de incendio. En fin, las Sentencias 440/2004, de 2 de junio (Rec. 1963/1998), y 181/2005, de 22 de marzo (Rec. 4216/1998), enseñan que, demostrado que el incendio fue causado por una «incidencia extraña», no basta para imponer responsabilidad al demandado que, en el lugar sometido a su control en el que el incendio se originó, hubiera almacenados productos inflamables.

2ª) Así las cosas, tiene razón la parte ahora recurrida cuando aduce, en su escrito de oposición, que la sentencia impugnada no se opone a la doctrina jurisprudencial que la parte recurrente afirma infringida para tratar de justificar que la resolución de su recurso presenta interés casacional. Y merece especial rechazo el intento de la recurrente de aparentar lo contrario, primero, con una cita sacada de contexto de las Sentencias de esta Sala de 29 de abril de 2002 y 18 de julio de 2006 . Alegando, después, que en el caso de autos, y al igual -dice- que en el decidido por esa última Sentencia, se ignora la causa concreta que originó el fuego; cuando lo relevante para negar que sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial de que se trata es que el incendió no se originó en el supermercado explotado por DIA, sino que fue provocado en un solar contiguo del que DIA no era propietaria ni poseedora. Y haciendo, en fin, la recurrente el juego de palabras de llamar «el incendio en sí» a la propagación de éste hasta la planta baja de su edificio. Ninguna de las sentencias de esta Sala citadas en el recurso, ni ninguna otra que nos conste, ha sostenido la enormidad de que deba imponerse responsabilidad por daños producidos por un incendio, sea o no conocida la causa concreta que lo originó, al poseedor de cualquier lugar o ámbito a través del cual el incendio se haya propagado hasta causar los daños sufridos por la parte demandante.

3ª) En fin, ante la imprecisión de que adolece la sentencia impugnada respecto el concreto reproche de culpa que la recurrente, como ya el Juzgado, dirige contra DIA, no sobrará añadir que un recurso como el que nos ocupa no habría prosperado aunque hubiera podido plantearse y se hubiese planteado por razón de la cuantía del proceso.

La razón de ello no es sólo que no quepa pedir a esta Sala mediante recurso de casación que revise la valoración de la prueba realizada por la Audiencia a quo. Es sobre todo que, aun aceptando la premisa de que el tipo de construcción de la cubierta de la «zona B» del supermercado aumentó en el presente caso la velocidad de propagación del incendio, ni de ello cabe deducir sin más que ese tipo de construcción infringiera la normativa sobre prevención de incendios, ni, de antemano, que la finalidad de dicha normativa sea evitar daños a las personas o a las cosas causados por la más rápida propagación, a través de los edificios, de incendios no originados en ellos. Y, con

carácter general, no parece razonable exigir a quienes diseñan o construyen la cubierta de un supermercado la diligencia de contar con (y tratar de prevenir) el riesgo de que la velocidad de propagación de un incendio de origen exterior que pueda llegar a alcanzar la cubierta resulte incrementada por los materiales utilizados en su construcción y produzca, por ello, mayores daños en los edificios contiguos." (Fundamentos de Derecho Primero y Segundo).

STS, 1ª, 503/2017, de 15 de septiembre, MP: Antonio Salas Carceller.

Varias compañías aseguradoras ejercieron sendas acciones de subrogación en los derechos de sus asegurados, víctimas de daños materiales en sus viviendas, como consecuencia del incendio generado en un colchón de la casa de los demandados. Las acciones de subrogación se dirigieron contra los propietarios de la vivienda y la compañía aseguradora de la misma. El incendio se generó como consecuencia de que una lámpara-flexo, sin la debida fijación, se cayó sobre la cama del hijo mayor de los demandados, mientras este se había quedado dormido. Este sofocó la primera combustión con abundante agua y se fue a dormir a otra habitación. El fuego se reanimó afectando a varias viviendas del edificio. El JPI estimó en parte las demandas. La AP estimó en parte el recurso de apelación de las aseguradoras y estimó en parte las demandas. El Tribunal Supremo confirmó la SAP: "Dice la sentencia que con independencia de que los demandados o su hijo conocieran las particularidades de la combustión de los colchones, resulta que la diligencia desplegada no fue la adecuada y exigible para evitar que el fuego se reavivara. Constituyendo el flexo que se dejó encendido por descuido al irse a dormir un elemento que puede iniciar la combustión, cuando cae sobre elementos inertes (colchón) la conducta del hijo mayor de edad y de quienes son titulares de la vivienda no fue suficientemente diligente en orden a comprobar y cerciorarse de que el foco de la ignición había sido apagado por completo y totalmente, incumpliendo con la diligencia regular y exigible del art. 1104 CC conforme a las concretas circunstancias del caso». Dicho razonamiento ha de ser compartido. No cabe imputar a la sentencia impugnada vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la entidad de la diligencia exigible en el caso, pues efectivamente la Audiencia ha valorado las circunstancias de este concreto supuesto" (…)

"Precisamente ese ámbito de control y de vigilancia -en definitiva lo que la jurisprudencia ha calificado como «posición de garante»- es lo que determina la responsabilidad de los titulares de la vivienda desde la cual se propagó el fuego. Se trata de una responsabilidad de rigurosa exigencia al modo previsto en el mismo sentido por el artículo 1910 CC , en tanto establece que «el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeren de la misma»".

8. Provocación (Provocation / Herausforderung)

El criterio de la provocación aborda aquellos casos en los cuales la víctima sufre un daño como consecuencia inmediata de su conducta, pues esta última fue una reacción torpe pero acaso inevitable ante el comportamiento del demandado. Por ejemplo, un supuesto claro es el que se exponen a continuación en el cual la víctima de un delito doloso contra la libertad sexual y, acaso, contra la vida, intenta huir de quienes le amenazaban y se arroja por una ventana. En nuestra cultura, la provocación es todavía una amenaza terrible que se proyecta sesgadamente contra las mujeres.

STS, 2ª, 1156/2005, de 26 de septiembre, MP: Joaquín Giménez García.

La víctima, detenida ilegalmente por Víctor M. y Rafael, sufrió lesiones personales y daños en la ropa al arrojarse por la ventana para huir de sus captores cuando éstos la estaban amenazando con bisturís, cable eléctrico y una pistola para que se quitara la ropa. La SAP Madrid de 4.10.2004 condenó a los acusados, Víctor M. y Rafael, por sendos delitos de robo con intimidación, detención ilegal y delito contra la integridad moral, pero les absolvió de indemnizar a la víctima. El Tribunal Supremo, en cambio, estimó el recurso de casación, revocó la SAP e imputó objetivamente los daños a la conducta de los culpables condenándoles a indemnizar a la víctima con 21.600 € por las lesiones, 3.083,41 € por las secuelas y 81,30 € por los daños en la ropa. El Tribunal resolvió:

"En el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP".

STS, 1ª, 147/2014, de 18 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El caso siguiente oscila entre la provocación y el consentimiento de la víctima o asunción de riesgos y responde a la pregunta de si los profesionales han de asumir las consecuencias de aquellos comportamientos de otras personas con quienes precisamente se relacionan en el ejercicio de la profesión de los primeros, por ejemplo, sanitarios con pacientes excitados o alterados; policías con detenidos violentos o peligrosos; o bomberos con incendios provocados intencionadamente o descuidadamente.

El 3 de noviembre de 2009, se produjo un incendio en la vivienda propiedad del demandado, situada en Villarrobledo, Albacete, y, según el informe pericial de la Guardia Civil, el fuego se inició por la actividad de alguno de los ocupantes del inmueble o por los propios enseres almacenados en él. Uno de los bomberos que intervino en las labores de extinción del incendio sufrió heridas muy graves que determinaron su fallecimiento.

La viuda y dos hijos del fallecido reclamaron al propietario de la vivienda, con base en el art. 1902 CC, una indemnización de 116.369,65 euros para la viuda, y de 48.485,13 euros y 96.970,26 euros respectivamente para los hijos. El JPI (16.3.2012) estimó íntegramente la demanda. La AP (11.12.2012) estimó el recurso de apelación del demandado y desestimó la demanda. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y confirmó la SAP:

"Es cierto que en el incendio está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona la muerte del bombero con esta fuente de riesgo desaparece desde el momento en que inicia las labores propias de extinción y el propietario del inmueble queda al margen de actividad desarrollada en su interior, sin posibilidades de control de ningún tipo. La responsabilidad del propietario no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por el incendio que motivó la intervención de la víctima. El riesgo que esta persona crea se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente de peligro en el ejercicio

ordinario de su profesión, con lo que el curso causal se establece entre el ejercicio profesional de este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el fuego, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias de su actuación. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder pese al desgraciado y lamentable accidente sufrido por parte de quien pone su trabajo al servicio de la comunidad" (FD. 2º).

9. Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo (Victim's consent and assumption of risk / Einverständigung, Tatbestand-ausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefahr)

No es imputable al agente el resultado dañoso cuando el bien jurídico lesionado es disponible y la víctima prestó su consentimiento al acto, como tampoco lo es en el caso en que la víctima asumió el riesgo del daño a un bien jurídico indisponible. En la doctrina, es frecuente observar la siguiente distinción entre consentimiento de la víctima y asunción de riesgo. En el primer caso, la víctima consiente de forma lícita a exponerse a una conducta extremadamente peligrosa, pero lo hace en el ámbito de bienes jurídicos disponibles, es decir, víctima potencial y causante potencial del daño pueden lícitamente someterse a ese mayor riesgo. En cambio, en la asunción del riesgo, la víctima acepta someterse a un riesgo cuya creación o agravación no son actividades lícitas. Los ejemplos clásicos van desde la participación en un delito a la carrera ilegal concertada por varios motoristas en una carretera abierta al tráfico. Los tribunales son casi siempre reacios a admitir la excepción alegada según la cual la víctima asumió su propio riesgo y tienden a rechazarla en los casos en los cuales hay una asimetría entre las posiciones de la víctima y del demandado.

El criterio de consentimiento de la víctima suele ser aplicado para exonerar de responsabilidad al demandado cuando el demandante participó voluntariamente en cualquier tipo de práctica deportiva, realizó una actividad peligrosa a sabiendas del riesgo que conllevaba o invadió una finca ajena sin consentimiento del titular. En la práctica de diferentes deportes habitualmente se aplica la asunción del riesgo por parte de la víctima (José PIÑEIRO SALGUERO, *Responsabilidad civil, práctica deportiva y asunción de riesgos*, Civitas, Cizur Menor, 2009).

La primera sentencia que reconoció la asunción del riesgo durante la práctica deportiva fue la **STS, 1ª, de 22 de octubre de 1992 (RJ 8399)**, **MP: Rafael Casares Córdoba:** un aficionado a la pelota vasca perdió un ojo al recibir un pelotazo de su contrincante. La víctima demandó a su contrincante y a la "Compañía Nacional Hispánica Aseguradora, SA" y solicitó una indemnización de 60.324,18 €. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la entidad demandada, revocó las sentencias estimatorias de la instancia y desestimó las pretensiones del actor. El Tribunal afirmó que "en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.-, va insita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas" (FD 5º).

Este criterio de imputación de daños ha sido aplicado continuadamente por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones: **STS, 1ª, 244/1999, de 18 de marzo, MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa**: una esquiadora murió al chocar contra la caseta de un transformador eléctrico cuando descendía una pista de esquí sobre un plástico; **STS, 1ª, 859/2001, de 27 de septiembre, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta**: una alumna de un curso de golf golpeó con el palo a su monitora al errar un golpe; **STS, 1ª, 931/2001, de 17 de octubre, MP: Jesús Corbal Fernández**: joven aficionado al rafting murió ahogado tras caer al agua y golpearse con una roca; **STS, 3ª, 1 de julio de 2002 (RJ 6300), MP: Enrique Lecumberri Martí**: una participante en un encuentro de fútbol femenino sufrió una fractura compleja distal en el radio izquierdo.

El Tribunal Supremo también recurre a la asunción del riesgo en casos en los que la propia víctima realiza una actividad peligrosa a sabiendas del peligro que conllevaba (autopuesta en peligro). La **STS, 1ª, 215/1998, de 12 de marzo, MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez,** nos muestra un caso de autopuesta en peligro por parte de la víctima: una tarde de julio y para aliviarse del agobiante calor, un joven de 17 años, que no sabía nadar, decidió refrescarse en una charca próxima a la carpintería en la que trabajaba. Al día siguiente, la Guardia Civil lo encontró ahogado. Los actores reclamaron 60.101 € a la empresa de carpintería. Las instancias desestimaron la demanda y el TS no admitió el recurso de los actores.

En último lugar, son relativamente frecuentes los casos de daños sufridos por una persona que se adentró en una finca ajena sin consentimiento de su propietario. En este sentido, véase la **STS, 1ª, 240/2004, de 2 de abril, MP: Román García Varela**: la víctima se adentró en una fábrica abandonada a través de un agujero de una de las vallas y, ya en el interior, accedió a un transformador de electricidad propiedad de "Fuerzas Eléctricas de Cataluña, SA" (FECSA) y se apoyó en un interruptor, a consecuencia de lo cual sufrió una descarga eléctrica que le provocó la pérdida de ambas manos. El TS estimó el recurso interpuesto por FECSA aplicando criterios de prohibición de regreso y de asunción del riesgo: la conducta ilícita del actor de acceder a una finca ajena y vallada para coger tuberías de cobre interfirió en el curso causal de los hechos y propició el accidente, con independencia del riesgo que entrañaba la actividad de suministro eléctrico. Además, tal conducta suponía la aceptación de un grave riesgo por el sujeto "habida cuenta de la peligrosidad que entraña el acceso sin control a una edificación (...) por persona desconocedora de las contingencias nocivas inherentes a la misma" (FD 2º).

9.1. STS, 1ª, 931/2001, de 17 de octubre, MP: Jesús Corbal Fernández.

El día 14.5.1994 Luis A.A. concertó con la "Asociación Deportiva Cultural Lur" una excursión para practicar rafting en el río Gállego, en el transcurso de la cual tres participantes cayeron al agua. Dos de ellos fueron recogidos en piraguas de apoyo, pero no fue posible salvar a Luis A.A. a pesar de que el monitor Santiago L.U. intentó subirlo a la balsa agarrándolo del brazo. Luis A.A murió en el acto por parada cardio-respiratoria determinada por traumatismo craneoencefálico con hemorragia subdural.

José A. R., padre de la víctima, demanda a Santiago L. U., "Asociación Deportiva Cultural Lur" y a la "Compañía de Seguros y Reaseguros Hermes, SA Grupo Fortuna" y reclama una indemnización de 60.241 €.

El JPI nº 1 de Ejea de los Caballeros (9.1.1996) y la AP de Zaragoza (sección 2ª, 7.5.1996) desestiman la demanda.

El TS desestima el recurso de casación:

"La ausencia de culpa, incluso en su mínimo grado de levísima, excluye la imputación subjetiva, porque se ha agotado por los demandados la diligencia que las circunstancias exigían.

Pero tampoco se aprecia responsabilidad desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetivo, pues si la generación de determinados riesgos puede acarrear la responsabilidad civil por daño, en el sistema de culpa extracontractual del art. 1902 CC no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir el resultado dañoso. En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (como dice la Sentencia recurrida el «rafting» es una actividad deportiva consistente en el deslizamiento mediante bote neumático por aguas bravas que debe calificarse de peligrosa, porque tiene para los participantes un indudable riesgo de vuelco o caída al agua por el propio recorrido turbulento de las aguas), pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. Esta conclusión responde al criterio que viene siguiendo en concreto esta Sala en relación con supuestos similares. Y aunque no son muchas las resoluciones en materia de accidentes con ocasión de prácticas deportivas, cabe señalar por su semejanza casuística las Sentencias de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399) (lesiones sufridas con ocasión de juego de pelota a pala), 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2244) (accidente practicando el esquí), 20 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3879) (colisión de lancha a motor con escollo sumergido a escasa profundidad en pantano) y 14 de abril de 1999 (RJ 1999, 3140) (accidente en curso de aprendizaje de parapente)" (FD. 4º).

9.2. STS, 1ª, 580/2006, de 31 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 6.5.1989 y durante la 13ª etapa de la 44ª edición de la Vuelta Ciclista a España, que partía de Benasque con dirección a Jaca, uno de los participantes de un grupo de 180 ciclistas sufrió lesiones muy graves como consecuencia de la caída sufrida en el interior de un túnel insuficientemente iluminado con dos focos halógenos situados a unos 50 metros de la boca norte del túnel y diversas bombillas en el resto del recorrido. Antes de la carrera, su Director había indicado al Comisario de la misma que se habían tomado las medidas oportunas y que se cumplían todas las disposiciones. "Unipublic, S.A.", encargada de la organización y control de la carrera, había advertido del peligro al Jefe de la Unidad de Huesca de la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón, quien, a su vez, había encargado de forma verbal la iluminación a una empresa de Sabiñánigo.

Bruno demandó a "Unipublic, S.A." y "Caja de Seguros Reunidos, S.A." y solicitó una indemnización de 480.810 €.

El JPI de Boltaña (31.7.1998) estimó en parte la demanda y condenó a los demandados al pago de 360.607,26 € más el interés anual del 20% desde la fecha del siniestro. La AP de Huesca (15.7.1999) desestimó los recursos de apelación de los demandados, estimó el del actor y revocó la SJPI en el sentido de fijar la indemnización en 480.809,68 €.

El TS desestimó el recurso de casación de "Unipublic, S.A." y confirmó la SAP: "[f]unciones inherentes a la organización son (…) la de adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos propios de esta práctica deportiva, riesgos que son distintos de los que la propia competición genera y que, a diferencia de aquellos, los profesionales conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad (…) Es [la] falta de medidas de seguridad la que aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño (…) [E]l daño aparecía como probable y lógico para quien organizaba la carrera y éste no se hubiera materializado de haberse celebrado en un escenario más favorable para la integridad y salud del ciclista" (F.D. 3º).

9.3. STS, 1ª, 26/2012, de 30 de enero, MP: José Antonio Seijas Quintana.

Rodolfo trabajaba en la empresa Ferpi, Transportes y Obras Sociedad Anónima (subcontratada por ACS, Proyectos, Obras y Construcciones Sociedad Anónima) cuando se produjo una explosión en las obras de construcción de un tramo de autovía A-6 (Tamón-Villalegre, Asturias), mientras procedía a la destrucción de los restos de cordón detonante sobrante de las voladuras.

Rodolfo demanda a Ferpi, Transportes y Obras Sociedad Anónima y a ACS, Proyectos, Obras y Construcciones Sociedad Anónima y solicita una indemnización de 859.942,34 euros.

El JPI núm. 10 de Gijón (29.9.2006) estima en parte la demanda y condena a Ferpi, Transportes y Obras Sociedad Anónima al pago de 237.079, 63 euros. La AP de Gijón (Sec. 7ª, 22.9.2008) estima el recurso interpuesto por la condenada y la absuelve.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante, porque entiende que "Es cierto que en casos de actividades especialmente peligrosas (…) no es suficiente el cumplimiento de las normas y reglamentos, debiendo el empresario extremar su diligencia, Ahora bien, el riesgo que deriva de la manipulación de explosivos lo creó el propio lesionado, que lo conocía como parte de su actividad, pues no hubo ningún incremento o agravación imprevisible, desproporcionado o distinto del que figuraba en el manual de empleo de explosivos editado por la Unión Española de Explosivos, ni en particular en la ficha de seguridad del fabricante. (…) Rodolfo, en la condición de ingeniero técnico de minas, con la especialidad de laboreo y explosivos, fue contratado para llevar la dirección facultativa de la obra. Siendo responsable de que se cumplieran las medidas de seguridad en el manejo de explosivos, tanto en su activación como destrucción lo que llevo a cabo a partir de un plan de voladuras que tenía a su disposición y que era suficiente para el desarrollo de dicha actividad en la forma que figuraba en aquella documentación. Asumió como tal el riesgo que finalmente se materializó al no alejarse a la distancia mínima de seguridad del lugar donde se había prendido fuego a los trozos de cordón detonante". (FD 4º).

9.4. Material complementario: *Knight v. Jewett* [3 Cal. 4th 296, 834 P.2d 696, 11 Cal. Rptr. 2d 2 (1992)]

The plaintiff sued the defendant for personal injuries arising out of a touch football game. There was some dispute as to the defendant's conduct which caused the plaintiff's injury. According to

the plaintiff, after the plaintiff caught a pass, the defendant ran into her from the rear, knocking her down, and stepping on her hand. The defendant's version was that he collided with the plaintiff in an unsuccessful attempt to intercept the pass. The defendant moved for summary judgment, arguing that the plaintiff assumed the risk of injury by participating in the game. The trial judge granted the motion, and that decision was affirmed by the Court of Appeal.

10. Material complementario: *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.* [572 U.S. ___ (2014)].

Un buen caso reciente para delimitar el alcance de la cuestión tratada en este capítulo, más allá de las disputas terminológicas y filosóficas, es *Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc*. [572 U.S. ___ (2014)]. La cuestión planteada en el asunto exigía determinar si Static Control Components, Inc, una compañía fabricante de chips incorporables a cartuchos de tinta reutilizables fabricados por Lexmark International, Inc., tenía legitimación para ejercer una acción por publicidad engañosa contra ésta.

> ***"Section 1125 (a) [Lanham Act] provides:***
>
> "(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which:
>
> > "(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or
> >
> > "(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities,
>
> "shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act."

As relevant to its Lanham Act claim, Static Control alleged two types of false or misleading conduct by Lexmark. First, it alleged that through its Prebate program Lexmark "purposefully misleads end-users" to believe that they are legally bound by the Prebate terms and are thus required to return the Prebate-labeled cartridge to Lexmark after a single use. (…) Second, it alleged that upon introducing the Prebate program, Lexmark "sent letters to most of the companies in the toner cartridge remanufacturing business" falsely advising those companies that it was illegal to sell refurbished Prebate cartridges and, in particular, that it was illegal to use Static Control's products to refurbish those cartridges. (…) IdStatic Control asserted that by those statements, Lexmark had materially misrepresented "the nature, characteristics, and qualities" of both its own products and Static Control's products. (…)It further maintained that Lexmark's

misrepresentations had "proximately caused and [we]re likely to cause injury to [Static Control] by diverting sales from [Static Control] to Lexmark," and had "substantially injured [its] business reputation" by "leading consumers and others in the trade to believe that [Static Control] is engaged in illegal conduct." (…)Static Control sought treble damages, attorney's fees and costs, and injunctive relief.

The District Court granted Lexmark's motion to dismiss Static Control's Lanham Act claim. It held that Static Control lacked "prudential standing" to bring that claim, (…). The court emphasized that there were "more direct plaintiffs in the form of remanufacturers of Lexmark's cartridges"; that Static Control's injury was "remot[e]" because it was a mere "by product of the supposed manipulation of consumers' relationships with remanufacturers"; and that Lexmark's "alleged intent [was] to dry up spent cartridge supplies at the remanufacturing level, rather than at [Static Control]'s supply level, making remanufacturers Lexmark's alleged intended target." (…)

The Sixth Circuit reversed the dismissal of Static Control's Lanham Act claim. (…)[It] concluded that Static Control had standing because it "alleged a cognizable interest in its business reputation and sales to remanufacturers and sufficiently alleged that th[o]se interests were harmed by Lexmark's statements to the remanufacturers that Static Control was engaging in illegal conduct". (…)

[W]e generally presume that a statutory cause of action is limited to plaintiffs whose injuries are proximately caused by violations of the statute. For centuries, it has been "a well established principle of [the Common] Law, that in all cases of loss, we are to attribute it to the proximate cause, and not to any remote cause." (…) That venerable principle reflects the reality that "the judicial remedy cannot encompass every conceivable harm that can be traced to alleged wrongdoing." (…)

The proximate-cause inquiry is not easy to define, and over the years it has taken various forms; but courts have a great deal of experience applying it, and there is a wealth of precedent for them to draw upon in doing so(…). Proximate-cause analysis is controlled by the nature of the statutory cause of action. The question it presents is whether the harm alleged has a sufficiently close connection to the conduct the statute prohibits.

Put differently, the proximate-cause requirement generally bars suits for alleged harm that is "too remote" from the defendant's unlawful conduct. That is ordinarily the case if the harm is purely derivative of "misfortunes visited upon a third person by the defendant's acts." (…)In a sense, of course, all commercial injuries from false advertising are derivative of those suffered by consumers who are deceived by the advertising; but since the Lanham Act authorizes suit only for commercial injuries, the intervening step of consumer deception is not fatal to the showing of proximate causation required by the statute. (…)

We thus hold that a plaintiff suing under §1125(a) ordinarily must show economic or reputational injury flowing directly from the deception wrought by the defendant's advertising; and that that occurs when deception of consumers causes them to withhold trade from the plaintiff. That showing is generally not made when the deception produces injuries to a fellow commercial actor that in turn affect the plaintiff. For example, while a competitor who is forced out of business by a defendant's false advertising generally will be able to sue for its losses, the

same is not true of the competitor's landlord, its electric company, and other commercial parties who suffer merely as a result of the competitor's "inability to meet [its] financial obligations."(…)

Capítulo 10
Responsabilidad por hecho ajeno

1. Responsabilidad vicaria 258
2. Responsabilidad derivada de la dependencia personal: padres y tutores 260
3. Responsabilidad derivada de la dependencia profesional: empresarios y titulares de centros docentes de enseñanza no superior 264
3.1 Fundamento de la responsabilidad vicaria del empresario 265
4. Acción de repetición contra el empleado 273
5. Inversión de la carga de la prueba de la diligencia 274
6. La responsabilidad de la Administración pública y del personal a su servicio 276
7. De la dependencia al control. La responsabilidad de la organización 279

Fuentes primarias:

- Artículos 1903 y 1904 del código civil.
- Art. 120 del código penal.
- Arts. 32 a 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- § 828 del código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)).

Literatura secundaria:

- Javier BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad civil del empresario por actividades de sus dependientes*, McGrawHill, Madrid, 1995.
- Verónica SANJULIÁN PUIG, *De la responsabilidad civil de los maestros a la responsabilidad civil del titular del centro docente*, Bosch, Barcelona, 2001.
- Pablo SALVADOR CODERCH/Carlos GÓMEZ LIGÜERRE/Juan Antonio RUIZ GARCIA, Antoni RUBÍ PUIG, José PIÑEIRO SALGUERO, "Respondeat Superior I", InDret 2/2002 (www.indret.com)
- Sofía DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad: la responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Josep SOLÉ FELIU, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Editorial Reus, Madrid, 2012.
- Reinier H. KRAAKMAN, "Vicarious and Corporate Liability" in Michael Faure (Ed.), *Tort Law and Economics*, Edward Elgar, 2009 (Part of the Encyclopedia of Law and Economics, 2d. ed).
- Jennifer ARLEN, William J. CARNEY *Vicarious liability for fraud on securities markets: theory and evidence.* New York University School of Law, Economics and Organization (1992, 2012)

1. Responsabilidad vicaria

Según la regla general del derecho español de daños, la responsabilidad civil deriva de actos u omisiones propios. Así lo prevé el artículo 1902 CC cuando dispone que "el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado". La causación unilateral de daños y la obligación de indemnizar con cargo a su causante han definido tradicionalmente el modelo básico de responsabilidad civil.

Sin embargo, la obligación de indemnizar con cargo al causante material del daño no agota los supuestos de responsabilidad previstos por el Código. Conforme al **artículo 1903 CC**:

> "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.
> Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
> Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.
> Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.
> Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.
> La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."

El artículo 1903 CC no agota, sin embargo, la regulación de la denominada 'responsabilidad por hecho ajeno' que es, en realidad, responsabilidad por los daños causados por las personas de cuyo comportamiento responde el obligado a educarlas, controlarlas o supervisarlas.

Tal responsabilidad puede ser únicamente civil, en cuyo caso seguirá las reglas del artículo 1903 CC. Puede ser, también consecuencia del delito cometido por la persona dependiente por quien se ha de responder, en cuyo caso serán de aplicación las reglas especiales previstas en **el artículo 120 CP**:

> "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:
> 1. Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.
> 2. Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o

visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código.
3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.
4. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.
5. Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas."

Los supuestos contemplados por el art. 120 CP no se corresponden con el artículo 1903 CC, así por ejemplo, el primero a diferencia del segundo, se refiere genéricamente a todo empresario, con independencia del sector o ramo al que se dedique y en el que emplee a quienes causaron el daño. Existe, sin embargo, una clara similitud entre ambas regulaciones, que comparten el principio común conforme al cual la ausencia de causación física no exonera de responsabilidad a quienes tenían la obligación de supervisar y controlar la actuación de quien causó daños a terceros.

Las reglas civiles y penales de responsabilidad por hecho ajeno contenidas en los artículos 1903 CC y 120 CP regulan de forma similar supuestos heterogéneos que únicamente tienen en común la existencia de una relación de dependencia o subordinación entre el causante y el responsable del daño. Los distintos supuestos de hecho pueden reconducirse a dos grandes categorías de dependencia: la derivada de una relación familiar o asimilable a ella y la originada en una relación laboral o profesional.

Las personas físicas responden por su propia conducta negligente y dañina. Pero, con frecuencia -con frecuencia mucho mayor- las personas físicas y jurídicas responden por el hecho de otro, es decir, por la conducta negligente y dañina de un tercero vinculado con el responsable por una relación de agencia, dependencia u otras similares determinadas por la ley o por la jurisprudencia. Se habla entonces de responsabilidad vicaria *(Vicarious Liability*) o por el hecho de otro (*Respondeat Superior*). La mayor solvencia y capacidad de afrontar los costes de transacción de quien ha de responder por el hecho ajeno justifican que lo haga antes que el causante del daño o en lugar suyo.

En virtud de la responsabilidad por hecho ajeno, una persona, el principal, responde por los daños causados por otra, el agente, si media entre ellos una relación que legitima al primero para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada por el primero al segundo o con ocasión de ella:

a) Se entiende que hay control si el principal tiene la última palabra en todo lo relativo al modo de llevar a cabo la actividad de que se trata.

b) Para determinar si los daños han sido causados en el curso o con ocasión de la actividad encomendada (*Scope of Employment*), se tienen en cuenta:

- La naturaleza de la conducta dañina, es decir, su grado de coincidencia o similitud con la naturaleza y características de la actividad encomendada.

- Su previsibilidad, en caso de dolo.

- Su ocurrencia en coordenadas espaciotemporales más o menos próximas a aquéllas en las que debe tener lugar la actividad encomendada.

El primer requisito (*control*) permite distinguir los supuestos de responsabilidad vicaria del principal de aquellos en los cuales el causante del daño responde porque ha actuado por cuenta e interés propios. El segundo (*scope of employment*) lleva a imputar o poner a cargo del principal únicamente los daños causados en el desarrollo de las actividades que ha encomendado al agente, pero no cualesquiera daños en cuya causación haya intervenido este último.

La regla de responsabilidad por el hecho de otro se explica muy bien cuando el vínculo que une al responsable con el causante de los daños puede caracterizarse como una relación de agencia, es decir, cuando responde el principal por lo hecho por su agente; así, un empresario por los daños causados por sus empleados o una Administración pública por los ocasionados por sus funcionarios, pues obedece a la necesidad de ofrecer a las víctimas potenciales de daños una protección eficaz en supuestos en que la insolvencia del agente causante de daños podría poner en peligro tanto la prevención de accidentes como su reparación, así como a la conveniencia de hacer responder a aquélla de las partes de la relación, normalmente el principal, que puede gestionar la información relevante a menor coste.

2. Responsabilidad derivada de la dependencia personal: padres y tutores

El **artículo 1903 CC** dedica a padres y tutores sus dos primeras reglas:

> "Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
> Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía."

La regla civil no contiene previsión alguna sobre la edad del hijo. Hay que entender que la norma es de aplicación a los daños causados por menores de edad o por mayores a los que se haya prorrogado o rehabilitado la patria potestad. El equivalente penal, sin embargo, distingue en función de la edad del causante por quien el padre o tutor deberán responder.

En efecto, **el artículo 120 CP** prevé que responderán de manera subsidiaria:

> "1. Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia."

En los casos en que el delincuente sea declarado inimputable por las causas previstas en el artículo 20. 1º y 3º CP y, en consecuencia, exento de la responsabilidad penal, la regla penal se complementa con la prevista en el artículo 118 CP que prevé la responsabilidad civil solidaria de padres, tutores y guardadores de hecho:

> "(...) siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. Los Jueces y Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos."

Mientras el causante del daño no supere los dieciocho años será de aplicación la **Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores**. El **artículo 61.3** de la norma prevé que:

> "Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o culpa grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos."

La responsabilidad por los daños causados por el menor de edad no exige vida en compañía con el causante del daño. Los artículos 1903. 2 CC y 61.3 LORPM no exigen convivencia por lo que la responsabilidad puede exigirse en los casos de separación, judicial o de hecho, nulidad y divorcio. En todos los casos la guarda es un requisito para declarar la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos.

La consecuencia más importante de la introducción del término 'guarda' es que el progenitor que no convive con el menor no queda liberado automáticamente de responsabilidad. Responderá el progenitor que en el momento de causación del daño tenía -o debería tener- el control del menor, con independencia de las facultades que le correspondan por ley o por sentencia. La guarda real prevalece sobre la legal.

Si bien de acuerdo con el artículo 1903.VI la responsabilidad por hecho ajeno de los padres por daños causados por sus hijos menores es una responsabilidad por culpa presunta, pues (*...)* "cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño", el Tribunal Supremo casi nunca ha admitido esta prueba.

STS, 1ª, 226/2006, de 8 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

El 22.6.1993, cinco menores adquirieron dos botellas de ácido clorhídrico y un rollo de papel de aluminio a Paula y Marco Antonio, trabajadores del supermercado propiedad de "Supermercats Jodofi, S.L.", situado en el Camping Mas Patotxes de Pals. El objetivo de los menores era realizar un experimento consistente en hacer explotar una botella de Coca-Cola. Una vez finalizado el experimento, guardaron la botella de ácido en una tubería de unas obras que se llevaban a cabo en el mismo camping. Más tarde, otros menores de más corta edad encontraron la botella y se

vertió líquido sobre uno de ellos, Eloy, quien perdió la visión de su ojo izquierdo y sufrió varias secuelas físicas y psicológicas.

Los padres de la víctima, Alberto y Esperanza, demandaron a Paula, Marco Antonio, "Supermercats Jodofi S.L.", "Camping Mas Patotxes, S.L.", las aseguradoras "Eagle Star, S.A." y "Zurich, S.A.", a Mariano y su hijo, Ángel y su hijo, Jorge y su hijo, y Juan Ignacio y su hijo, y solicitaron 120.202 € por la pérdida de visión del ojo (o 60.010 € en caso de que recuperara parcialmente la visión), 4.712 € por los días de baja y 8.644,35 € por los gastos médicos.

El JPI nº 3 de la Bisbal (23.12.1997) estimó en parte la demanda y condenó a los padres e hijos demandados al pago de 58.505,64 €.

La AP de Girona (Sección 1ª, 24.3.1999) estimó en parte el recurso de Alberto y Esperanza; asimismo, estimó sólo los recursos de Jorge y su hijo, y de Ángel y su hijo, a quienes absolvió, y condenó a los demás padres e hijos, a los vendedores, a "Supermercats Jodofi, S.L.", "Camping Mas Patotxes, S.L." y a las aseguradoras al pago de 168.027 €.

El TS estimó los recursos de Alberto y Esperanza y condenó a los padres que habían sido absueltos por la AP, al camping y a su aseguradora. Asimismo, estimó los recursos de "Eagle Star, S.A." y "Supermercats Jodofi, S.L.", a las que absolvió junto con los vendedores y los otros menores condenados por la AP:

"[H]ubo una acreditada unidad de actuación, generadora de un riesgo evidente, que se tradujo en el daño ocasionado, y que ello no queda enervado por la edad de quienes fueron absueltos a partir de una argumentación igualmente especulativa sobre el control y dominio que «suelen tener los mayores sobre los menores» y de la ignorancia de las características del producto adquirido. Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1903 (…) contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta (…) sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia (…) razones que ponen en evidencia la infracción legal denunciada en el motivo y el error jurídico padecido por la sentencia de instancia" (FD. 5º).

Las disposiciones aplicadas en este caso fueron los arts. 1902 y 1903 CC, art. 26 Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

STS, 1ª, 29/2006, de 27 de enero, MP: Pedro González Poveda.

José Augusto, de 10 años, y su hermano Rafael, de 7, se encontraban en un paso elevado situado en el punto kilométrico 92,5 de la autopista A-9, cuando el primero arrojó una piedra de unos 25 cm. y 2,5 Kg., de forma intencionada, desde la barandilla del puente hacia la calzada. La piedra atravesó el parabrisas de un autobús e impactó contra Carlos Miguel, uno de los ocupantes del vehículo. Como consecuencia del accidente, Carlos Miguel sufrió una contusión torácica que le provocó la muerte.

Estíbaliz, madre de Carlos Miguel, demandó a Evaristo e Inés, padres de José Augusto, y a "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.", y solicitó una indemnización de 180.303,63 €.

El JPI nº 1 de Padrón (24.10.1995) estimó en parte la demanda y condenó a Evaristo e Inés y a "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A." al pago de 90.151,82. €. La AP de La Coruña (Sección 3ª, 10.3.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.", a la que absolvió.

El TS estimó el recuso de casación interpuesto por Estíbaliz, revocó la SAP y confirmó la SJPI:

[N]o cabe calificar la conducta de los menores, de siete y diez años de edad, como «torpe, intencional y dañosa», es decir, como dolosa en contraposición a negligente, dada la falta de discernimiento de los mismos para apreciar a gravedad y consecuencias de sus actos; no se está, por tanto, ante una conducta jurídicamente calificable como dolosa que, de existir, interrumpiría el nexo causal, siendo así que la conducta de los incapaces no tienen esa virtualidad interruptora del nexo causal. No cabe atribuir esa eficacia interruptora a la conducta de un tercero que es una de aquellas que la norma de cuidado infringida, en el caso la adopción de medidas cuya omisión se imputa a Autopistas del Atlántico, tenía la finalidad de prevenir" (FD. 2º).

Las disposiciones aplicadas a este caso fueron los arts. 1902 y 1903 CC.

El Tribunal aprecia en el caso concurrencia de causas: la actuación del menor y la omisión de la empresa concesionaria. Ambas tienen relevancia jurídica: la primera porque es imputable a la culpa *in vigilando* de los padres; la segunda, porque el Tribunal atribuye a la empresa concesionaria la adopción de la diligencia necesaria para evitar este tipo de accidentes.

STS, 1ª, 721/2016, de 5 de diciembre

El menor Jon se encontraba con su amigo Fernando, de 10 años de edad, en el patio de la casa del abuelo de este último, donde Fernando pasaba las vacaciones de verano. Jon sufrió una lesión grave (no consta) causada por un disparo cuando Fernando le apuntaba de broma con una escopeta de perdigones.

La madre demandó a los padres de Fernando, al abuelo y a la compañía de seguros Seguros Liberty, y solicitó una indemnización de 96.758,39 euros para el menor y 5.000 euros para ella.

El JPI estima en parte la demanda y concedió al menor la indemnización solicitada: "se declara la responsabilidad de los progenitores del menor Fernando, al amparo del artículo 1903 CC (…), en atención a que el arma que se encontraba al alcance de los menores en casa del abuelo de Fernando era propiedad de los padres de éste y no la guardaron en lugar apropiado para impedir su uso".

La AP absuelve al abuelo del menor y limita la condena solidaria de la compañía aseguradora a 6.010 euros.

El TS confirma la SAP.

3. Responsabilidad derivada de la dependencia profesional: empresarios y titulares de centros docentes de enseñanza no superior

Conforme a las reglas civiles y penales de responsabilidad por hecho ajeno, empresarios -dueños y directores de un establecimiento o empresa- y titulares de un centro docente de enseñanza no superior -empresarios al fin y al cabo- responden de los daños causados por, respectivamente, sus dependientes y maestros. Las regulaciones civil y penal no son, sin embargo, homogéneas.

El **artículo 1903 CC** dedica a los empresarios, en general, y a un tipo concreto de empresarios o responsables, los directores de centros docentes de enseñanza no superior, sus dos últimas indicaciones de responsables:

> "Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.
> Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias."

En el Código penal la responsabilidad civil de tales sujetos se concreta en los siguientes supuestos que contempla el **artículo 120 CP**:

> "2. Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212.
> 3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.
> 4. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios."

El Código penal carece de una regla específica sobre la responsabilidad de titulares de centros docentes, pues el legislador de 1995 entendió que no hay diferencias entre el titular de un centro educativo que responde por las deficiencias de control de los maestros que contrató y el empresario que lo hace por los daños causados por los dependientes a su servicio: ambos son empresarios.

3.1 Fundamento de la responsabilidad vicaria del empresario

Supongamos un mundo imaginario, u_0, en el que, como sucede en el nuestro, u_1, los trabajadores o empleados de empresas privadas y funcionarios al servicio de administraciones públicas pueden causar daños a terceros en el curso de su actividad profesional, pero en el que además y a diferencia de lo que suele ocurrir en u_1:

1. La víctima del daño puede identificar muy fácilmente al trabajador -o al empleado o funcionario público- que lo causó.

2. Los costes de contratación entre empresario y trabajador son bajos y, en particular, la ley permite que ambos puedan pactar libremente la asunción -por el uno o por el otro- y, consiguientemente, la exoneración -del otro o del uno- de toda posible responsabilidad por daños causados a terceros.

3. El empleado es neutral al riesgo -esto es, la utilidad esperada de su riqueza es la de su valor esperado- e ilimitadamente solvente -es decir, puede costear la reparación de cualesquiera daños que, en el desarrollo de su actividad profesional cause a terceros.

En estas contrafácticas circunstancias, la regla de responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados sería absolutamente innecesaria, pues bastaría con la regla general de responsabilidad por actos u omisiones propios y la libertad contractual de asumir responsabilidad por el hecho ajeno, pues, en ausencia de costes de transacción, la asignación legal de los recursos y de la responsabilidad por su uso es irrelevante según mostró Ronald Coase: si empresario y trabajador pactaron que éste habría de responder, el empleado pediría mayor sueldo por ello, pero si el pacto previó que el empresario asumiría la responsabilidad contraída por el trabajador, éste obtendrá menor sueldo de aquél. En ambos casos, la diferencia en más o en menos vendría a equivaler a los costes de la prima del correspondiente seguro de daños que contratarían, respectivamente, trabajador o empresario.

Sin embargo, el modelo anterior es, como decimos, contrafáctico, pues niega las realidades económicas de u_1 caracterizadas por la división del trabajo, la ignorancia racional y la confianza o, lo que es lo mismo, por el desarrollo continuado de los conocimientos científicos y tecnológicos y la consiguiente especialización:

1. La víctima no podrá identificar fácilmente al empleado causante directo del daño o, mejor dicho, lo normal será que le resulte más sencillo identificar a la empresa que al trabajador de la misma causante directo del daño. En ausencia de una regla de responsabilidad por el hecho de otro, el empresario podrá esconderse detrás de su anónimo empleado.
2. Los costes de transacción entre empresarios no suelen ser bajos, como tampoco lo son los de contratación de un seguro. Los primeros casi nunca lo son, pues las partes no suelen disponer de la misma información y cada una está expuesta a conductas oportunistas de la otra. La asimetría informativa y la exigencia de salvaguardias que aseguren el cumplimiento encarecen el proceso contractual.

3. Normalmente, el trabajador no será ilimitadamente solvente o no estará asegurado y no podrá afrontar todas las indemnizaciones debidas por los daños que cause. Pero si los trabajadores carecen de recursos suficientes para pagar una indemnización equivalente a los daños causados, tampoco tendrán incentivos para adoptar un nivel óptimo de precauciones, sino otro inferior que estará precisamente en función del grado de limitación de su solvencia económica. Como no habrán de responder por todos los daños causados -carecen por hipótesis de recursos para ello- sus demandas salariales no reflejarán el importe de aquéllos, por lo que tampoco los empresarios serán racionalmente incentivados a adoptar las precauciones o las medidas de control óptimas. Por último, los empresarios se guardarán muy mucho de asumir las deudas de responsabilidad civil de sus empleados y tenderán a contratar empleados máximamente insolventes -y lo que es aún peor: con elevado grado de propensión al riesgo- para la realización de las tareas más peligrosas para terceros. La ausencia de una regla de responsabilidad vicaria supondría la desestimación del coste social de las actividades realizadas por delegación. En efecto, la regla hace recaer los costes del control, de la coordinación y del aseguramiento de esas actividades sobre quien percibirá los beneficios de su realización en vez de hacerlo sobre terceros, las víctimas. En ausencia de una regla de responsabilidad vicaria, la víctima resultaría infracompensada y el precio de las actividades potencialmente dañinas para ella no reflejaría todos los costes derivados de su realización y, naturalmente, como el principal no habría de responder por los daños de sus empleados tampoco contrataría jamás los seguros que podrían cubrir estas contingencias.

La responsabilidad vicaria o por hecho ajeno es una respuesta legal eficiente a los problemas planteados por las situaciones en que el causante potencial del daño desarrolla su actividad por cuenta de su principal, que será declarado directamente responsable. Éste, ante la tesitura de tener que responder por los daños de sus empleados, alineará las medidas de control sobre el trabajo de aquéllos con el grado razonable de precauciones exigibles y recurrirá a su experiencia profesional para hacerlo así. La responsabilidad vicaria se construye, de este modo, a partir de las inversiones en diligencia de principal y agente y obliga a ambos a coordinar sus actividades y observar los respectivos deberes de precaución.

En una relación de agencia, el principal se beneficia de la actividad que desarrolla otra persona, su agente. El problema económico básico de las relaciones de agencia consiste en alinear de la mejor manera posible los intereses del principal -que pretende maximizar los beneficios resultantes de la actividad de su agente- con los de éste -que quiere maximizar los de su propia actividad.

Entonces, el problema jurídico fundamental de las relaciones de agencia consiste en diseñar las reglas contractuales y legales de la relación entre principal y agente que mejor incentiven a una y a otra parte a alinear eficientemente sus intereses respectivos.
Las reglas legales y contractuales abordan simultáneamente varios problemas o costes de agencia y se dirigen a reducir las desviaciones del comportamiento del agente respecto de aquella conducta que mejor sirve a los intereses del principal:

- Los **costes de supervisión**, que recaen sobre el principal y cuya misión es asegurar que el agente actuará conforme a lo previsto. El principal puede observar y controlar el

comportamiento del agente, pero sólo puede hacerlo dentro de unos límites y no, desde luego, hasta el punto en que le saldría más a cuenta realizar por sí mismo la actividad encomendada a su agente.

- Los **costes de garantía**, exigidos por el principal y cuya función es sufragar los gastos de la confianza que el primero ha de depositar en el segundo. El agente puede esforzarse más o menos en el desarrollo de su actividad, es decir, puede trabajar más o menos y puede hacerlo mejor o peor, esto es, su actividad está sujeta a un grado más o menos elevado de riesgo moral (*moral hazard*).

- Una cierta **pérdida residual**, consecuencia de que, incluso en los niveles óptimos de supervisión y garantía, suele ser preferible que persista cierta desviación en la conducta del agente respecto a la que sería óptima. El control total supone costes infinitos.

Las reglas de la responsabilidad vicaria son de dos tipos: unas -las que regulan la relación externa entre el principal y agente del daño, por un lado, y la víctima del daño, por el otro- pueden establecer que la víctima demande directamente al principal o a éste y al agente simultánea y solidariamente, etc.; otras -las que regulan la relación interna entre principal y agente- abordan directamente el problema de los costes de agencia: las dificultades de control del principal, el riesgo moral y aversión al riesgo del agente, la forma de pago del salario y las condiciones del trabajo, etc. Conforme a lo señalado hasta aquí, la regla básica de la relación externa debe prever la posibilidad de que la víctima reclame directamente al principal por el daño causado por la conducta negligente del agente. Sobre ello volveremos en el apartado siguiente de este trabajo. Baste aquí con indicar que la regulación legal de la responsabilidad vicaria o por el hecho de otro no puede analizarse con independencia del marco general de la regulación contractual y, en su caso, legal aplicable a la relación de dependencia.

a) **Relación de dependencia**

La jurisprudencia sostiene un concepto amplísimo de dependencia: no es preciso vínculo laboral, ni relación jurídica onerosa, ni que sea permanente, indefinida o duradera, ni que la misma relación sea jurídica. Tampoco se exige que la relación de dependencia redunde en beneficio del principal y se incluyen las meras relaciones de complacencia y buena vecindad. Los requisitos de la relación de dependencia son más amplios que los de la relación laboral.

La jurisprudencia española, de forma similar al resto de las europeas ha elaborado una serie de índices cuya concurrencia o ausencia permiten, respectivamente, afirmar o negar la relación de dependencia. Así, habrá relación de dependencia y, por tanto, responsabilidad por hecho ajeno, cuando el principal:

- Regule el tiempo y lugar de trabajo, así como el de ocio y vacaciones.

- Se reserve las funciones de control, vigilancia o dirección de las labores encargadas.

- Ponga a disposición del agente los instrumentos y medios de trabajo necesarios.

- Asuma los riesgos económicos y financieros de la actividad.

Cualquiera de los criterios enunciados es suficiente para declarar la existencia de una relación de dependencia. Con frecuencia, la jurisprudencia española ha aplicado otros menos generales. Así, jueces y tribunales preguntan también sobre el modo de pago (mediante facturación o salario) de las labores encomendadas o quién es el titular de la póliza que cubre los daños causados a terceros por la actividad.

No hay dependencia, con todo, en el caso arquetípico del contratista o prestador de servicios independiente. El comitente que encarga una obra a un contratista independiente no debería contraer -en principio- responsabilidad directa (en la regulación civil) ni subsidiaria (en la penal). Así, por ejemplo, el promotor inmobiliario no responde con base en el artículo 1903 CC por los daños causados a los propietarios de edificios colindantes a la obra, cuando los daños sean imputables a la actuación de los agentes de la edificación que él contrató si se trata de contratistas independientes, no subordinados a sus órdenes. El Tribunal Supremo solo aprecia relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y el agente de la edificación cuando este último:

> "(…) está sujeto al control de la propiedad o promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas" [STS, 1ª, de 11 de junio de 2008 (RJ 3563), MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]

En efecto, no puede afirmarse que en todo caso el resto de agentes de la edificación se encuentran en una situación de dependencia respecto del promotor. Por medio del contrato de obra o de servicios, el dueño de la obra encarga a profesionales independientes una determinada obra o servicio y en este sentido manifiesta su voluntad contractual. La vigilancia del dueño de la obra sobre los agentes que contrata tiene como finalidad comprobar la conformidad de lo ejecutado con lo pactado, lo cual debe diferenciarse de la idea de vigilancia, control, o dirección de la ejecución técnica de las labores encargadas.

La **STS, 1ª, 38/2016, de 8 de febrero**, aplica esta doctrina para exonerar de responsabilidad civil al propietario de una vivienda por los daños derivados de la demolición de esta en la vivienda de la parte demandante. El propietario demandado había encargado la obra de demolición a un empresa especializada, que no fue demandada. La AP revoca la SJPI que había desestimado la demandada, porque considera que concurre un vínculo de responsabilidad solidaria entre los agentes de la construcción, de forma que cualquiera de ellos debe responder frente a la víctima. El TS estima el recurso de casación del demandado y repone la SJPI: "no cabe confundir o desconocer la autonomía señalada del contrato de obra y, con ello, la asunción por el contratista de los riesgos derivados de la obra encargada, con el régimen específico que regula la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso constructivo (…) por la indemnización o reparación de los daños ocasionados a un tercero".

Lo mismo puede decirse del prestatario de servicios que los contrata con un prestador autónomo o con una empresa de servicios ni -con mayor razón- en el del simple comprador de cosas. Aunque no se considera contratista independiente a quien actúa formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra incardinado en su organización.

STS, 1ª, 1379/2006, de 20 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana.

Con ocasión de la extracción de un quiste, la Sra. Melisa contrató los servicios médicos del ginecólogo Armando, quien formaba parte del cuadro médico de la "Mutua de Telefónica de España, S.A.", a la que a su vez pertenecía el marido de la paciente y que también la cubría. Dado el concierto de dicha Mutua con la "Clínica Girona, S.A.", la operación se llevó a cabo en dicha clínica, donde como consecuencia de una negligencia médica se le tuvo que extirpar un ovario a la paciente. La Mutua pagó los gastos de asistencia.

Melisa demandó al ginecólogo, a "Clínica Girona, S.A." y a aseguradora "Winterthur", y solicitó una indemnización de 438.925,15 € u otra cantidad que se considerara más ajustada a derecho.
Procedimiento: el JPI nº 5 de Girona (11.12.1998) condenó a los demandados al pago de 69.610,6 €. La AP de Girona (Sección 2ª, 18.11.1999) estimó el recurso de apelación de la "Clínica Girona S.A." y de su compañía de seguros y, en parte, los de la actora y el ginecólogo, por lo que la AP revocó la SJPI, absolvió a la Clínica y a su compañía de seguros y fijó la indemnización en 78.545,98 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la actora y confirmó la SAP:

"[E]l facultativo que realizó la intervención y que causó el daño (...) no formaba parte de la plantilla de la Clínica (...) y las lesiones sufridas son atribuibles exclusivamente a una mala praxis médica (...) [E]s evidente la inaplicación al caso del art. 1903 del Código Civil (...) [L]a Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones (...) y a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios (...) y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción u omisión culposa (...) del profesional que intervino (...) pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios asistenciales para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1902 (...) No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto del médico" (F.D. 1º).

Además de la relación de dependencia, para imputar el daño a cargo del principal, el artículo 1903 CC requiere que el daño haya sido causado en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Así, el agente ha de haber actuado en el marco de la relación de agencia o con ocasión de ella. La interpretación jurisprudencial, tanto en la jurisdicción civil como en la penal, ha sido amplia, pues nada dicen los textos legales acerca de qué deba entenderse por las funciones propias del giro de la empresa.

Pese a las dificultades de determinar las actividades propias de la empresa en algunos casos, es claro que el empresario responderá por los daños causados como consecuencia de las instrucciones, autorizaciones y prohibiciones impuestas a sus dependientes. Sin embargo, el empresario no responderá de los daños que, pese a ser consecuencia de las actividades empresariales típicas fueron causados dolosamente por sus empleados. En la jurisprudencia española es tradicional considerar el principio de la prohibición de regreso y exonerar de responsabilidad al empresario en los casos en que su dependiente ha causado daños de forma dolosa sirviéndose de los instrumentos de trabajo o de la cobertura de las funciones encargadas. El principal responde, sin embargo, por las desviaciones dolosas de la conducta de su agente si éstas resultaban previsibles, más aún si la actividad encomendada es arriesgada para terceros.

STS, 1ª, 1006/2006, de 2 de enero, MP: Vicente Luis Montés Penadés.
Responsabilidad de empresa propietaria de la aeronave que se había reservado la gestión y control de la navegación:

"Viaprom Televisión, S.A." (en adelante, "Viaprom S.A.") contrató a Carlos Manuel, cámara profesional, para la grabación desde un helicóptero de tomas aéreas de la estación de esquí "Sol y Nieve" de Sierra Nevada. Con este fin, contrató, a su vez, los servicios de "Helisol, S.A." que, por su parte, había arrendado a "Heliswiss Ibérica, S.L." un helicóptero de su propiedad y los servicios de uno de sus pilotos, conservando la segunda las facultades de gestión y control de la navegación. El 29.1.1990, Carlos Manuel viajaba con los pasajeros José Carlos y Abelardo a bordo del helicóptero, que volaba con una elevación menor a la establecida en el Reglamento de Circulación Aérea, cuando una fuerte ráfaga de viento desestabilizó la aeronave y la hizo estrellarse contra el suelo. Como consecuencia del accidente, el piloto falleció y los pasajeros sufrieron graves heridas, que la sentencia no detalla.

Carlos Manuel, de una parte, y José Carlos, Abelardo y "Viaprom, S.A.", de otra, demandaron a "Heliswiss Ibérica, S.L.", a "Helisol, S.A." y a "La Unión y el Fénix Español, S.A.", y solicitaron sendas indemnizaciones, cuya cuantía no consta en la versión publicada de la sentencia.

El JPI nº 8 de Granada (23.6.1997) estimó en parte las demandas y condenó a las demandadas a pagar 192.936 € a Carlos Manuel, 72.871,76 € a José Carlos, 11.777,77 € a Abelardo y 24.166,70 € a "Viaprom S.A.". La AP de Granada (Sección 3ª, 1.2.1999) desestimó el recurso de apelación interpuesto por "Heliswiss Ibérica, S.L." y estimó el de Carlos Manuel, en el sentido de aumentar su indemnización a 237.740,43 €, y el de "Helisol, S.A.", a la que absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la propietaria del helicóptero. El accidente se debió al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad del piloto, pues en el vuelo "no se observaron las prescripciones del Reglamento de Circulación Aérea" (F.D. 2º). La responsabilidad por hecho ajeno no corresponde a "Helisol, S.A.", que había asumido "limitadas facultades respecto de la utilización comercial de la aeronave" y aunque "daba instrucciones de vuelo al piloto", al contradecir éstas la seguridad del vuelo, la decisión final sobre su ejecución correspondía al piloto. Por otro lado, "Heliswiss Ibérica, S.L." responde por los daños causados por su dependiente, pues había retenido "en cuanto propietaria, la posesión y el control de la aeronave a través de la dotación, lo que supone, más que un arrendamiento de cosa, un arrendamiento de obra o *locatio operis* que [le] obliga (…) a la obtención de un resultado (los viajes encargados por la arrendataria), que es precisamente lo que retribuye el precio convenido, y no la detención o el uso de la aeronave" (F.D. 4º).

STS, 1ª, 1070/2007, de 16 de octubre, MP: Jesús Corbal Fernández.

Ausencia de responsabilidad civil del empleador por el suicidio de un cliente que ingirió el producto tóxico que un dependiente le había vendido:

El 14.10.1995, Santiago, de 20 años de edad y en tratamiento por esquizofrenia paranoide, entró en un establecimiento destinado a la venta de productos ortopédicos, instrumentos de

laboratorio y sustancias químicas. Tras mostrar una tarjeta de un taller de joyería en el que supuestamente trabajaba, adquirió una botella de un producto que contenía cianuro potásico, a pesar de que su madre podría haber advertido a la propietaria del negocio que se abstuviera de facilitar a su hijo tal clase de producto (extremo que no se probó durante el proceso). Posteriormente, Santiago ingirió el contenido de la botella y falleció.

Clara, Rafael, Armando, Araceli y Verónica, padres y hermanos, respectivamente, de Santiago, demandaron a Rita y a su compañía aseguradora, "Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA" (*CASER*) y solicitaron una indemnización de 84.141,69 € para cada uno de los padres y 18.030,63 € para cada uno de los hermanos.

El JPI núm. 6 de León (20.4.1998) desestimó la demanda. La AP León (Sección 1ª, 5.6.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por los familiares de Santiago y confirmó la sentencia de instancia.

El TS desestimó el recurso de casación. La comercialización de la sustancia vendida no estaba condicionada a ninguna exigencia reglamentaria, el comprador era una persona mayor de edad, de apariencia normal y sin el menor síntoma de que padeciera un trastorno psíquico y que conocía perfectamente el carácter tóxico del producto comprado. Por todo ello, no cabe exigir al empleado que vendió el producto una diligencia superior a la que observó en su momento, sino que el resultado se debe exclusivamente a la conducta de Santiago.

b) **Conexión del daño con las tareas o funciones propias del dependiente (*scope of employment*)**

Además de la relación de dependencia la responsabilidad del empresario por hechos de su dependiente exige la concurrencia de una conexión entre el daño y las tareas o funciones propias del dependiente. El *scope of employment* lleva a imputar o poner a cargo del principal únicamente los daños causados en el desarrollo de las actividades que ha encomendado al agente, pero no cualesquiera daños en cuya causación haya intervenido este último. Así, el artículo 1903.4 CC exige que los perjuicios sean causados (…) *por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados*, *o con ocasión de sus funciones* y el artículo 120.4 CP hace referencia a (…) *los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios*.

STS, 1ª, 545/2007, de 15 de mayo, MP: Jesús Corbal Fernández.
Responsabilidad civil directa del empleador, absuelto en el proceso penal, por daños dolosos causados por su dependiente.
El 1.8.1992, tras finalizar su jornada laboral, Gabriel, vigilante jurado de "Segur Ibérica, S.A." sometido a tratamiento psiquiátrico, disparó, con un arma propiedad de la empresa, sobre su antigua compañera y madre de sus dos hijos, a quien mató, y sobre su cuñada, a quien hirió en un brazo. Su- empresa, en contra de lo dispuesto en el artículo 10.4 del Real Decreto 629/1978, carecía de instalaciones de armero o caja de seguridad para el depósito de las armas y había autorizado a sus empleados mantener sus armas con posterioridad al fin del servicio. En la causa penal, la STS, 2ª, 26.3.1997 (RJ 2512) condenó a Gabriel por sendos delitos de asesinato y lesiones graves, así como a pagar 240.404,84 € a los hijos de la víctima y 17.429,35 € a su cuñada. El

Tribunal había absuelto a "Segur Ibérica, S.A." de toda reclamación por responsabilidad civil subsidiaria *ex* artículo 22 CP de 1973, al considerar que la actividad dolosa del dependiente se había desarrollado fuera de su lugar de trabajo, al margen de la jornada laboral y por causas y fines personales.

En el procedimiento civil posterior, el JPI núm. 8 de Cádiz (27.9.1999) estimó en parte la demanda y condenó a "Segur Ibérica, S.A." a pagar 1.586.671,96 € a Erica y 11.503,37 € a Magdalena. La AP de Cádiz (Sección 4ª, 29.2.2000) confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por "Segur Ibérica, S.A." fundado en la infracción del artículo 1902 CC por inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del empleador y los daños. La STS apreció que aunque el autor directo e inmediato del hecho fue el condenado penalmente, éste había utilizado un arma perteneciente a la empresa de seguridad, la cual había omitido un deber de cuidado al no controlar su tenencia y disponibilidad con medida alguna, o cuando menos en lo reglamentariamente exigible, por lo que contribuyó de modo relevante en la creación del resultado jurídicamente desaprobado.

STS, 2ª, 1461/2014, de 1 de abril, MP: Perfecto Andrés Ibáñez.

Ausencia de responsabilidad subsidiaria del empleador por actos de su dependiente por falta de conexión entre el delito cometido y la clase de actividad propia de la relación de empleo.

El 14.6.2011, entre las 20.30 y las 20.45 hs., Francisco, marinero de 22 años de la embarcación de pesca "Peruca", se encontraba con otros compañeros de tripulación en el pesquero atracado en el muelle viejo del puerto de Cedeira (A Coruña). Desde la cocina bajó a la zona interior de popa y sin mediar palabra y por la espalda apuñaló con un cuchillo a Adriano, con el propósito de causarle la muerte. El herido huyó hasta el exterior con el cuchillo clavado en la espalda y Francisco le persiguió tras coger otro cuchillo y alcanzó a Adriano en el pantalán del muelle donde le asestó una segunda puñalada también en y por la espalda. A continuación, Francisco arrojó a Adriano al mar y se dirigió al barco donde esperó el regreso del patrón. Adriano salvó la vida, pero sufrió un traumatismo vértebro-medular y lesión medular incompleta, con secuelas de síndrome de hemisección medular, cicatrices y uso de bastones para caminar, lo que conllevó su declaración de incapacidad permanente absoluta por parte de la Seguridad social. Francisco contaba con antecedentes clínicos por psicosis no especificada relacionada con el consumo de cannabis y alcohol, politoxicomanía y probable trastorno de la personalidad, si bien dicho cuadro no supuso en el momento de los hechos una alteración de su capacidad intelectiva o volitiva.

El JPI núm. 1 de Ortigueira instruyó sumario de procedimiento ordinario por delito de intento de asesinato. La SAP de La Coruña (Sección 1ª, 24.4.2012) condena a Francisco como autor responsable de un delito de asesinato en la imperfecta modalidad comisiva de tentativa a las penas de prisión de ocho años y a indemnizar a Adriano a 103.850 euros. Por otro lado, absuelve a Teodulfo, patrón de la embarcación, de la pretensión indemnizatoria subsidiaria formulada por la acusación particular.

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por Adriano en el sentido de aumentar la indemnización a 150.000 euros. Ahora bien, desestima el motivo en el que Adriano solicitaba la condena del patrón de la embarcación a responder subsidiariamente de los daños con base en

el artículo 120.4 CP. "[P]ara que pueda entrar en juego la clase de responsabilidad de que aquí se trata exigen: a) una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella; b) que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación; y, c), consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo. Así las cosas, es esta relación la que falta, y que, sin embargo, sí se dio en supuestos como el del empleado del gestor que recibe dinero en esta calidad, para ingresarlo en la seguridad social y se lo queda; o el empleado de una gasolinera que se apropia de la tarjeta de crédito aprovechando el descuido del cliente que la había puesto en sus manos para el pago del combustible; casos en los que se apreció la responsabilidad" (FD 2º).

4. Acción de repetición contra el empleado

A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad de padres y de tutores, los empresarios y titulares de centros docentes de enseñanza no superior pueden, una vez que hayan indemnizado a las víctimas, reclamar de sus dependientes las cantidades pagadas por los daños que causaron. El régimen de unos y otros es, sin embargo, diverso.

El **artículo 1904 CC** prevé que el empresario que haya satisfecho la indemnización pueda repetir lo pagado de su empleado, causante material del perjuicio:

> "El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho".

El precepto busca, así, un equilibrio entre los incentivos a la prevención del empresario, que debe supervisar a sus empleados si quiere evitar la condena, los incentivos a la diligencia en la actuación de los dependientes, que acabarán respondiendo por los daños que causaron, y la indemnidad de la víctima, que habrá cobrado del empresario, más solvente que sus empleados y con mayor capacidad de asegurar la eventualidad del pago de la indemnización.

El empresario podrá ejercitar la acción de repetición contra su empleado en todo caso. El artículo 1904 CC no limita la acción a un determinado umbral de culpa o de daño imputables al empleado. Los empleados privados son candidatos potenciales a una acción de repetición por todos los daños que causen en el desempeño de las funciones que les son encomendadas.

Los titulares de centros docentes de enseñanza no superior pueden, conforme al **artículo 1904** CC repetir contra los profesores que se encontraban a cargo del estudiante que causó daños, aunque solo cuando se aprecia dolo o culpa grave en la actuación -activa u omisiva- del maestro:

> "Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño."

Los profesores de centros docentes de enseñanza no superior están así menos expuesto a la acción de repetición por los daños causados por las personas a su cargo que otros tipos de empleados o dependientes.

5. Inversión de la carga de la prueba de la diligencia

Los sujetos responsables por hecho de otro responden en la medida en que no pudieron evitar el daño que sufrió la víctima. Son responsables, por tanto, de acuerdo con el régimen general de la culpa al que ya se ha hecho referencia en capítulos anteriores de estos materiales.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en el régimen general, en el que la víctima del daño debe probar la negligencia del demandado, el sujeto responsable al que se exija responsabilidad por los daños causados por las personas que dependen de él debe probar su propia diligencia si quiere exonerarse de responsabilidad. Se produce aquí una inversión de la carga de la prueba: la carga de la diligencia corresponde al demandado. La víctima del daño tendrá suficiente con demostrar que el daño fue causado por uno de los empleados del empresario con ocasión de las funciones que éste le encomendó. Así lo dispone el párrafo final del **artículo 1903 CC**:

> "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."

El resultado final es similar al propio de la responsabilidad objetiva. De hecho, las justificaciones tradicionales de la responsabilidad vicaria que se han señalado en páginas anteriores evocan a las empleadas para fundamentar la objetivación de la culpa.

Fernando GÓMEZ POMAR, "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", *InDret* 1/2001

"1) La noción general de carga de la prueba

Las decisiones de los jueces y tribunales requieren la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a la de las partes en el proceso o a la de terceros. Cuando con referencia a esas circunstancias se habla de carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada el juez o tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de aquella circunstancia, pero para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Las reglas sobre carga de la prueba comprenden, pues, de un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y, de otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace.

En el ámbito jurídico norteamericano, ambos aspectos son analizados independientemente dentro de la genérica "burden of proof": se habla así de "burden of persuasion", "level of

confidence" o "standard of proof" para referirse al primero, frente a "burden of production" o "burden of proof" en sentido estricto.

En España y, en general, en Europa, no se realiza con nitidez -o no se realiza en absoluto- la distinción entre las dos vertientes de la carga de la prueba. Tal vez ello se deba a que implícitamente se considera que sólo hay un nivel de confianza o convicción jurídicamente admisible en el juzgador acerca del acaecimiento de un cierto suceso. Este nivel sería el de la plena certeza, esto es, el correspondiente a una probabilidad de acaecimiento del 100%. No me cabe duda de que este supuesto implícito no refleja la realidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, más aún, no es en absoluto deseable como objetivo.

Piénsese en el nivel de prevención civil, administrativa o penal que traería consigo una exigencia de este rigor en el convencimiento del juez, tribunal o autoridad sancionadora. Se define entre nosotros habitualmente carga de la prueba como regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente. Sería esencialmente una regla que posibilitaría evitar el *non liquet* cuando se produce un empate entre los litigantes en cuanto a la convicción de la verdad o falsedad del suceso suscitada en el juzgador.

Esta noción, sin embargo, presenta una dificultad: en términos estadísticos, empate quiere decir que la convicción del juzgador con respecto al acaecimiento del suceso en cuestión, tras el proceso y la eventual prueba presentada en él, es exactamente del 50%. Si la distribución de la probabilidad del suceso es continua, la probabilidad efectiva de que coincida exactamente con el 50% es en la práctica, inexistente, y ello aunque la convicción del juzgador previa al proceso fuera precisamente de un 50% (en términos más técnicos, que la probabilidad posterior en sentido bayesiano sea justo de 0,5 es prácticamente imposible, aun cuando la probabilidad previa fuera de 0,5).
Además, la concepción de la carga de la prueba dominante en la doctrina española sitúa el centro de atención en el sujeto equivocado –el juez o tribunal-, en lugar de orientarla hacia aquéllos cuyo comportamiento –el probatorio, pero también el extraprocesal- es verdaderamente relevante: las partes en el litigio. Lo decisivo de la carga de la prueba es que se trata de un instrumento estratégico en manos del legislador y de los jueces y tribunales que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados. En relación con la carga de la prueba la preocupación del sistema jurídico no es académica, ni de epistemología de la función judicial, sino pragmática, como lo es en el resto de las materias. Su objetivo es el de regular comportamientos en el mundo real.

2) Carga de la prueba y medidas de cuidado del causante

Como se ha indicado en el subapartado anterior, la noción general de carga de la prueba presenta dos aspectos que deben ser analizados separadamente: uno es la fijación del umbral de convicción o confianza requerido para dar por acreditada una circunstancia en que se basa una pretensión; el otro es la determinación de cuál de los litigantes ha de aportar los medios probatorios que permitan alcanzar ese nivel de convicción, de modo que si el gravado por tal carga no satisface esa exigencia probatoria, la decisión judicial sobre el acaecimiento de la circunstancia en cuestión será negativo.

Del primero de ellos se ha ocupado ampliamente la literatura del análisis económico del Derecho. Se ha analizado, en una primera etapa, como mecanismo que (en conexión con otros, como la magnitud de la sanción) permite regular el comportamiento procesal de las partes (en cuanto al mérito de la pretensión, a los gastos en materia probatoria o al tipo de prueba empleada). Todos los modelos consideran que el comportamiento extraprocesal de las partes (el nivel de cuidado, la comisión o no de un delito) está dado exógenamente, de modo que no se analiza el efecto que en conexión con el mismo pueda tener el umbral de convicción del juzgador adoptado por el sistema jurídico.

En una segunda etapa (que se solapa en parte con la primera), sí se va a considerar la incidencia de ese aspecto de la carga de la prueba sobre la conducta de los sujetos previa al proceso –además de la procesal-, en especial mediante el expediente de suponer que quien ha actuado conforme a Derecho en el plano extraprocesal (ha sido diligente o no ha cometido el delito), se enfrenta a menores costes de prueba de su inocencia que quien ha actuado ilícitamente (falsificar documentos o sobornar testigos es costoso).

En la mayoría de estos modelos, además, la determinación del umbral de confianza del juzgador se determina de forma endógena en función de las variables que afectan al comportamiento preprocesal y procesal de las partes. En comparación con la importancia cuantitativa y cualitativa del tratamiento recibido por esa vertiente de la carga de la prueba, la otra ha pasado mucho más inadvertida en la literatura del "Law & Economics".

Sin embargo, es precisamente la cuestión de quién ha de acreditar el hecho controvertido (en el asunto que nos ocupa, la culpa del causante del daño), so pena de recibir un juicio adverso, la que se dilucida en la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la inversión de la carga de la prueba en las actividades de elevado riesgo.

Al contrario de lo que ocurre en los modelos mencionados anteriormente, en que se pretendía analizar y se demostraba el efecto de las reglas de umbral de confianza sobre el comportamiento extraprocesal de los destinatarios, en los modelos sobre ese segundo aspecto de la carga de la prueba tal efecto se supone excluido o se niega (al menos en el plano teórico), como conclusión del modelo. Ni como punto de partida ni como resultado la tesis de la irrelevancia extraprocesal de la carga de la prueba es convincente con carácter general. Incluso empleando el modelo que implica información completa y simétrica entre ambas partes, y prueba unitaria y plenamente convincente, es posible demostrar cómo la asignación de la carga de la prueba de la culpa a demandante o demandado sí afecta a los incentivos al cuidado del potencial causante del daño. Y, lo que es importante a nuestros efectos de valorar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es posible igualmente probar que de esa incidencia sobre los incentivos al cuidado se deduce que la inversión de la carga de la prueba está contraindicada cuando la actividad generadora de riesgos es de las calificables como intrínsecamente peligrosas."

6. La responsabilidad de la Administración pública y del personal a su servicio

El régimen descrito en los apartados anteriores es de aplicación a los titulares de organizaciones privadas, empresarios y titulares de centros docentes privados de enseñanza no superior.

Los **arts. 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público**, en vigor a partir del 2 de octubre de 2016, contienen el nuevo régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración pública y del personal a su servicio:

El régimen básico de responsabilidad de la Administración pública es el contenido en el artículo **32.1 Ley 40/2015:**

> "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley
>
> La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización.".

De este modo, la responsabilidad de la Administración se configura como una responsabilidad:

- **Directa**: la Administración responde en primer lugar, es decir, no lo hace subsidiariamente. Así lo prevé el **art. 36.1 y 2 Ley 40/2015**:

  > "1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.
  > 2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.
  > Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso".

  Así, el régimen legal de responsabilidad de los empleados públicos es más laxo que el general que resulta de aplicación a los empleados privados conforme al artículo 1904 CC. Conforme art. 36.2 Ley 40/2015 solo habrán de responder frente a la Administración que indemnizó los daños que causaron cuando su actuación fuera gravemente negligente o dolosa.

- **Objetiva**: la responsabilidad de la Administración es independiente de las precauciones asumidas por ella en la organización y prestación del servicio donde se han originado los daños.

- **Exclusiva**: la víctima o, en general, la persona legitimada activamente para reclamar deberá dirigir su acción contra la Administración, pero, desde 1999, ya no puede hacerlo contra el funcionario que causó directamente el daño. Así lo disponen el ya transcrito art. 36 Ley

40/2015 y, para los supuestos en que el daño lo sea como consecuencia de un hecho tipificado como delito, el **art. 37.2 Ley 40/2015:**

> "2. La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial".

- **Subsidiaria:** sin embargo, cuando el daño causado por el funcionario o agente del servicio de la Administración sea consecuencia de un comportamiento tipificado como delito, la responsabilidad de la Administración, conforme **al artículo 121 CP**, será subsidiaria de la que corresponda al responsable penal:

> "El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.
>
> Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario."

De este modo, en el derecho español, coexisten con cierta dificultad tres sistemas de responsabilidad por el hecho de otro: uno, administrativo, para los daños causados por funcionarios y empleados públicos (arts. 36 y 37 Ley 40/2015; otro, civil, para los causados por particulares a otros particulares (Código Civil de 1889, últimamente modificado en esta materia en 1991); y un tercero, también civil -pero aplicado por los tribunales penales-, para los daños causados por hechos tipificados como delito por el Código Penal de 1995 y otras leyes penales (art. 120 CP).

STS, 1ª, 93/2006, de 17 de febrero, MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Incompetencia de la jurisdicción civil para condenar a un funcionario público

La representación procesal de la empresa 'Pinyer, S. A.' y de sus administradores presentó demanda de responsabilidad civil por daño moral contra el inspector de finanzas del Estado que había iniciado las actuaciones de inspección tributaria contra la compañía y sus administradores. En la demanda, presentada ante el orden jurisdiccional civil, se excluía expresamente la petición de condena a la Administración y se exigía solo la responsabilidad del funcionario.

El Juzgado de Primera Instancia núm.42 de Barcelona dictó auto por el que declaraba la incompetencia de la jurisdicción civil. Recurrido en apelación, el auto fue confirmado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona que, de igual modo que el juzgado, consideró que la competencia correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sala Primera confirmó la decisión de las instancias:

"A) El mandato de dirigir la acción contra la Administración pública en los casos de responsabilidad civil del funcionario (art. 145 Ley 30/1992) no deja lugar a dudas en su tenor literal y en su ubicación sistemática (regulación del derecho de regreso) acerca de la imposibilidad de reclamar directamente contra aquél, pues en otro caso dicho mandato resultaría inexplicable y sin especificidad alguna en relación con el principio general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y redundante respecto de los preceptos que proclaman, incluso cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, que los daños causados por su personal se consideran actos propios de la Administración (art. 144 Ley 30/1992).

B) La Ley 30/1992 deroga el artículo 43 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado y no incluye precepto alguno que de manera directa y expresa reconozca, como aquél, la posibilidad de demandar directamente al funcionario. (…)" (F. J. 10)

7. De la dependencia al control. La responsabilidad de la organización

En las páginas precedentes hemos tenido ocasión de examinar brevemente la regulación española de la responsabilidad por hecho ajeno. Hemos partido del modelo básico de la relación principal-agente y hemos concluido con la vigencia de las reglas civiles y penales de responsabilidad del empresario.

Desde un punto de vista estrictamente analítico, hay que refrendar las centenarias reglas de los Códigos y reconocer que anticiparon algo que la doctrina contemporánea todavía discute: la necesidad de distinguir entre causante y responsable en aquellos casos en que el daño ha sido causado por el incumplimiento de deberes de protección y en los que, en ausencia de una regla de responsabilidad por hecho ajeno, la víctima debería cargar con la insolvencia del causante del daño.

El Derecho de Daños de una sociedad compleja en la que los individuos interactúan para la consecución de intereses diferentes (y, a menudo, contrapuestos) evoluciona irremediablemente hacia la imputación de daños con base en la titularidad de actividades o relaciones y no mediante criterios más o menos estrictos de causalidad o evitabilidad. Podemos afirmar, por tanto, que agencia, dependencia y propiedad se rigen por las mismas reglas de reparación de daños.

En el sistema español de responsabilidad por hecho de otro el responsable no es ajeno a la causación del daño. Por el contrario, la Ley presume su participación en el mismo a través de una conducta negligente consistente en no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño. Con otras palabras, no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de

responsabilidad por hecho propio o, mejor dicho, responsabilidad de la organización de la que se es titular. La responsabilidad por hecho ajeno ya no es un reproche sino una garantía legal en favor de las víctimas que asume quien decide participar en el tráfico conforme a alguno de los roles previstos legalmente.

En efecto, la concepción clásica de la responsabilidad vicaria como un régimen en el que un principal responde por un agente a quien encomienda la realización de una actividad queda desdibujada cuando pretendemos aplicarla a un agente que desempeña sus funciones en una organización compleja. En una organización, las funciones de control y supervisión se diluyen en una infinidad de relaciones de agencia. La responsabilidad vicaria se convierte entonces en un coste más de la actividad empresarial, en una prima que paga el empresario en favor de las víctimas potenciales de daños causados por la actividad propia del giro de la empresa. Un seguro obligatorio que la ley otorga a las víctimas de daños causados por organizaciones. El empresario no es más que un codeudor que asume el riesgo de la insolvencia de sus colaboradores y los costes de identificación de la víctima.

En la responsabilidad de la organización, el paradigma ya no es la relación principal-agente, sino la asunción objetiva de responsabilidad por todos los daños derivados de la actividad de la organización de la que se es titular o de los bienes que componen el propio patrimonio.

De esta forma, convergen las reglas de responsabilidad de las organizaciones privadas con las de la mayor empresa de servicios: la Administración pública. Desde el punto de vista conceptual, la responsabilidad vicaria de empresarios privados y organizaciones públicas no es diferente. Los dos regímenes persiguen los mismos objetivos: distribuir eficientemente los incentivos, evitar la insolvencia del responsable y, a la postre, ofrecer a la víctima del daño un régimen eficaz de protección. Ambas organizaciones, de derecho público y de derecho privado, pasan de la responsabilidad por hecho ajeno a la responsabilidad de las organizaciones complejas como tales.

Capítulo 11
Daño

1. Daño y daño indemnizable (Harm and Actionable or Recoverable Damage)...281
2. Tipos de daño...283
2.1. Daños personales: muerte, daños corporales y daño moral ...283
2.2. Consecuencias patrimoniales derivadas del daño corporal ...284
2.3. Pérdida de oportunidad (*Loss of Chance*)...284
2.4. El desarrollo de los conocimientos y la creciente complejidad del concepto de daño ...286
2.5. Daños concentrados y daños difusos...288
2.6 El concepto de daños exclusivamente económicos (*Pure Economic Loss*) 288
3. Análisis económico del derecho *(Economic Analysis of Law)* ...291
4. Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ...291
4.1. La baremación legal y obligatoria de los daños personales causados en los accidentes de circulación: su aplicación puramente orientativa para evaluar daños causados en accidentes distintos a los de circulación y los casos difíciles y extraordinarios en los cuales los tribunales conceden indemnizaciones igualmente extraordinarias ...291
4.2. Título IV (arts. 32 a 143) y Anexo del *Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, introducidos por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación...301
5. Desarrollos...305
5.1. Daños morales ...305
5.2. Pérdida de ingresos y de la capacidad de generarlos *(Lost Earning, Impairment of Earning Capacity)* ...312
5.3. Infracción de consentimiento informado...314
5.4. Nacimiento indebido (Wrongful Conception, Wrongful Birth, Wrongful Life) ...316
5.5. Daño puramente económico...322
5.6. Pérdida de oportunidad *(Loss of a Chance)* ...323
6. Lesiones personales y mitigación (Compensatory Damages: Personal Injury and Mitigation)...325
6.1. Material complementario: *Williams v. Bright* (632 N.Y.S.2d 760 N.Y.Sup.,1995) ...326
7. Compatibilidad de fuentes indemnizatorias *(Collateral Source rule)* ...328
7.1 Ayudas públicas e indemnización por responsabilidad civil ...328
7.2 Prestaciones de la Seguridad Social e indemnización de daños y perjuicios .330

1. Daño y daño indemnizable (Harm and Actionable or Recoverable Damage)

Daño (*Harm*) es cualquier detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia ("dañar", DRAE), mientras que daño indemnizable (*actionable or recoverable damage*) es un concepto normativo,

que refiere aquellas lesiones causadas por conductas que reúnen los requisitos de los dos sistemas básicos de responsabilidad, por culpa y objetiva. Negligencia es fundamentalmente infracción de deberes de cuidado, previstos legal o jurisprudencialmente, como vimos en el capítulo 3º de estos materiales. Y responsabilidad objetiva es causación de daños objetivamente imputable y ha de estar prevista por ley o muy bien fundamentada por una jurisprudencia consolidada. Qué consecuencias se consideran dañinas es una cuestión de política jurídica -y económica, social, cultural- cuyo alcance depende de la intensidad de los deberes de precaución que se resuelva establecer o de los riesgos que se quieran prevenir.

En términos de daño, la responsabilidad contractual y extracontractual suelen distinguirse del modo siguiente: la pretensión derivada del incumplimiento contractual debería ser suficiente para situar al acreedor en la posición en la que se encontraría de haberse cumplido el contrato, la pretensión extracontractual persigue -literalmente- indemnizar a la víctima para dejarla indemne, esto es, tal y como se encontraría si el accidente nunca hubiera tenido lugar.

La existencia probada de un daño cierto causado por la conducta del demandado es normalmente un presupuesto esencial de la responsabilidad civil. Sin daño no habría responsabilidad. En la **STS, 3ª, de 10 de febrero de 2009 (RJ 2470), MP: Octavio Juan Herrero Pina,** por ejemplo, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia desestimatoria de la demanda de una paciente, a quien los servicios médicos había informado tardíamente que era portadora del virus del VIH: la actora no había probado "en el proceso (…), siquiera sea de forma indiciaria, cuáles son los perjuicios concretos, singulares, tangibles (…) que le ha causado la tardanza en la toma de conocimiento de la tenencia del virus del SIDA". Pero, sin embargo, hay importantes salvedades a este principio y, como veremos en este capítulo, en determinadas ocasiones hay responsabilidad por la pérdida de oportunidades de evitar o paliar la producción de un daño.

La posibilidad de indemnizar daños futuros ha sido reconocida por la jurisprudencia y la condena al demandado por los daños actuales podrá incluir la de abonar los gastos futuros asociados a tales daños, aunque deberán ser reclamados en pleitos posteriores una vez que se hayan generado. En este sentido, la **STS, 1ª, 84/2020, de 6 de febrero, MP: José Luis Seoane Spiegelberg** -que resuelve un caso de asistencia a recién nacido con enfermedad grave hereditaria que no fue investigada por los facultativos, a pesar del cuadro clínico del menor y de conocer que el padre había padecido la misma enfermedad en la infancia- adiciona a la condena por las secuelas, la de los "gastos médicos, hospitalarios, rehabilitadores, ortopédicos, farmacéuticos y similares, que se generen en lo sucesivo, siempre debidamente acreditadas su existencia y vinculación causal con las lesiones y secuelas derivadas del hecho desencadenante (…), dejando su reclamación para pleitos posteriores para los casos de falta de acuerdo entre las partes". No son objeto de condena, en cambio, los daños futuros hipotéticos: la **STS, 1ª, 580/2009, de 20 de julio, MP: José Antonio Seijas Quintana** que resuelve un caso de cesárea practicada tardíamente, circunstancia que causó daños graves al niño, negó la indemnización por "gastos de fisioterapeuta, clases de natación [y otros], teniendo en cuenta que se trata de unos daños, perjuicios y gastos futuros hipotéticos, que por tal circunstancia no pueden ser objeto de una condena de futuro".

Pero el paciente expuesto a una sustancia tóxica o radioactiva que, estadísticamente, sabe que la probabilidad de contraer tal o cual enfermedad ha pasado del 0,0001% al 0,001% no tiene una acción por el 0,001 % de los daños probables. En ausencia de daños actuales, pero ante la probabilidad de causarlos, el demandante puede disponer de acciones negatorias, de cesación y

abstención de la actividad que amenaza causar daños (*Injunction*), incluso de acciones tendentes a indemnizar al afectado por los costes de los chequeos y pruebas analíticas, periódicas para descartar la contracción de la enfermedad, pero no de una acción de daños en sentido estricto.

A diferencia del art. 1902 del Código Civil español, algunos sistemas jurídicos, como el alemán clasifican tipos genéricos de daño en función de los bienes jurídicos afectados: la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho similar (§ 823 del Código civil alemán). También optan por esta orientación los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, un proyecto académico del *European Group on Tort Law* (2005) y muy influido por el derecho alemán:

> ***§ 823 Schadensersatzpflicht:***
>
> "(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet".
>
> ***Art. 2:102 Principles of European Tort Law. Protected interests:***
>
> "(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.
> (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection.
> (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property.
> (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope (...)"

2. Tipos de daño

En el análisis doctrinal del daño, se suelen distinguir entre daños materiales, que son los causados a bienes sobre los cuales el demandante tiene un derecho de propiedad en sentido amplio, un *property right* (*Property Damages or Injury to Personal Property*), de los daños personales (*Personal Injury*). Dentro de estos últimos se subdistingue entre daños corporales, morales y los perjuicios económicos que derivan de los daños corporales mismos –por ejemplo, las pérdidas resultantes de los días de baja laboral de la víctima.

Un buen punto de partida para abordar esta cuestión es tener en cuenta un núcleo claro de daños fácil de identificar y, solo luego, pasar a considerar el halo de posibles daños que circunda a los primeros y que son mucho más difíciles de estimar y de probar.

2.1. Daños personales: muerte, daños corporales y daño moral

Dentro de la categoría de los daños personales, los derivados de la muerte (*Wrongful Death*) o las lesiones causadas por un trauma externo (*Danno Biologico* en derecho italiano, B*odily Injury* en

el *Common Law*) son partidas que hoy en día suelen estar incluidas sin más en el ámbito de los daños resarcibles -aunque no fue así con la indemnización por causa de muerte en el pasado. En cambio, los daños morales, que los angloamericanos denominan "*Pain and Suffering"* y los alemanes "*Schmerzengeld",* los originados por el dolor físico, por la pérdida de un ser querido o por la destrucción de un bien irrecuperable, son mucho más difíciles de determinar y, consecuentemente, mucho más fáciles de exagerar. Es normal, pues, que el carácter indemnizable de los segundos sea más difícil de sustanciar que el de los primeros.

2.2. Consecuencias patrimoniales derivadas del daño corporal

Como hemos indicado, las consecuencias patrimoniales derivadas de un daño corporal también constituyen un daño indemnizable. El art. 1106 CC distingue entre daño emergente (la pérdida disminución de los bienes propiedad del dañados) y lucro cesante (*Loss of Profits*, los beneficios o ganancias dejados de obtener). La partida más común del daño emergente es la de gastos médicos (*Medical Expenses*) derivados del tratamiento del daño corporal. Por su parte, el lucro cesante cubre tanto las pérdidas de ingresos por trabajo personal (*Lost Earnings*) acumuladas durante el tiempo de incapacidad temporal de la víctima, como aquellas generadas por la imposibilidad de desarrollar, en caso de secuelas permanentes, la actividad profesional habitual de la víctima o, si las secuelas son absolutamente invalidantes, cualquier actividad laboral. En el caso de víctimas en edad no laboral, su lucro cesante se determina estimando la pérdida o disminución de su capacidad de ganancia (*Impairment of Earning Capacity*). El sistema de valoración de daños personales contempla algunas consecuencias económicas derivadas del daño corporal aplicables sólo a la víctima en edad laboral.

2.3. Pérdida de oportunidad (*Loss of Chance*)

En ocasiones, la negligencia del demandado reduce la probabilidad de que el demandante preserve su salud, conserve sus bienes, obtenga un beneficio o no experimente una pérdida (pérdida de oportunidad, *loss of a chance*): un diagnóstico tardío o un error de diagnóstico pueden reducir o incluso privar al paciente de un cáncer de posibilidades de tratamiento médico; el paciente que, como consecuencia de una intervención quirúrgica, sufre un daño grave sobre el cual el médico no le había informado quizás alegará que, de haber obtenido dicha información, habría rechazado el tratamiento; la mala práctica del abogado consistente en haber interpuesto una reclamación fuera de plazo priva a la víctima de la posibilidad, por reducida que resulte, de obtener una sentencia favorable a sus derechos e intereses.

El trabajo de referencia es Joseph H. KING, "Causation, valuation and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences", 90 *Yale L. J.* 1353, 1363-1368 (1981):

"Under the traditional approach, [the] loss of a not-better-than-even chance of recovering from the cancer would not be compensable because it did not appear more likely [than] not that the patient would have survived with proper care.

A more rational approach … would allow recovery for the loss of the chance of cure even though the chance was not better than even. The probability of long-term survival would be reflected in the amount of damages awarded for the loss of the chance. While the plaintiff here could not prove by a preponderance of the evidence that he was denied a cure by the defendant's negligence, he could show by a preponderance of the evidence that he was deprived of a 30% chance of a cure".

La cuestión es polémica, pues, de acuerdo con la tesis tradicional, es decir, con la regla del "o todo o nada", un demandante que prueba que el demandado causó negligentemente el daño con una probabilidad igual o mayor que el 50% obtiene todo, esto es, el 100% de la estimación razonable del daño, mientras que otro demandante que solo consigue probar su caso con una probabilidad del 49%, obtiene el 0 % de la indemnización, esto es, nada.

Por su parte, los partidarios de la tesis más moderna, es decir, de la regla de la "pérdida de oportunidad", apuntan a la circunstancia de que permitir que un médico u hospital demandados sean absueltos, pues el paciente ya estaba demasiado enfermo como para poder recuperarse de su dolencia y sobrevivir, infraincentiva comportamientos diligentes en relación con enfermos muy graves o terminales.

Y en la práctica, los casos pueden llegar a ser complicados de resolver por la dificultad material de probar la causalidad de hecho, por ejemplo, en casos en los cuales la condición del paciente se agravó por la metástasis de su dolencia originaria, pero no resulta claro cuándo comenzó aquella.

Los tribunales españoles consideran indemnizable la pérdida de oportunidad y sostienen que el importe de la indemnización en estos casos ha de ser distinto al que correspondería a la dolencia del paciente, a la secuela derivada del tratamiento médico o al beneficio que el demandante habría obtenido de ganar el pleito. Así, en la reciente **STS, 3ª, de 3 de diciembre de 2013 (RJ 582), MP: Ricardo Enríquez Sancho,** que resuelve un caso de diagnóstico tardío de un cáncer en el abdomen que se diseminó y causó la muerte de la esposa y madre de los actores, el TS casa la SAP porque "ha errado al considerar que en este caso el importe de la indemnización debe calcularse teniendo en cuenta el importe total del daño producido". Recuérdese, con todo, que en España, no rige la regla de la preponderancia de la evidencia y que, por lo tanto, los tribunales pueden apreciar la causalidad y su prueba con mucha mayor libertad que en las jurisdicciones del common law norteamericano.

En otro orden de ideas, la doctrina de la pérdida de oportunidad puede tratar de aplicarse a campos ajenos al de su surgimiento, que fue el de la responsabilidad por mala praxis médica en casos de daños personales. ¿Qué ocurre, por ejemplo, en el caso de que una persona reclame a una empresa por haber sido objeto de una discriminación de género en una oferta de empleo en la cual y sin discriminación puede probar que tenía un 25% de probabilidades de obtener el puesto, pues había, contando a la demandante, cuatro candidatos en las mismas condiciones objetivas?.

En todo caso el problema de fondo es el de la apreciación de la causalidad. Epstein y Sharkey lo plantean bien en su famoso *casebook (Cases and Material on Torts*, 10th edition, p.427): bajo la regla de la pérdida de oportunidad, un hospital que ha de defenderse de 100 reclamaciones por muertes por mala praxis médica y que consigue probar que tenía un 25 % de probabilidad de haber causado los daños en la mitad de los casos, pero no consigue contrarrestar la prueba

presentada por el demandante de que ha causado los daños con probabilidad del un 75 % en la otra mitad de los casos, habrá de responder por 62,5 de las 100 reclamaciones [(0,25 x 50) + (1 x 50) = 62,5]. Está claro que el hospital es sobreincentivado, pues, de acuerdo con la regla de la preponderancia de la evidencia, solo ha causado la mitad de las muertes [(0,25 x 50) + (0,75 x 50) = 50]. Obsérvese que aunque, en este último supuesto, el demandado es infraincentivado en los casos de probabilidad reducida –¡pero no cero!- los resultados globales se compensan, ya que el demandado es sobreincentivado en aquellos en los cuales la probabilidad es elevada -¡pero no es del 100 %!-.

Para acabar de complicar las cosas, recuérdese cómo, en sede de causalidad de hecho, hicimos referencia a la tesis de Steven Shavell, según la cual, si hay muchos demandados que han podido causar el único daño por el que se litiga, pero de bastantes de ellos solo se puede probar que lo han causado con una probabilidad reducida, inferior al 50 %, estos últimos saldrán absueltos si el tribunal aplica la regla de la preponderancia de la evidencia: por hipótesis, los probables causantes con menor probabilidad -¡inferior al 50 %!- de haber generado el daño quedan fuera del caso y el resultado final es de infraprevención. Es la vieja discusión entre partidarios de la regla de la preponderancia de la evidencia y partidarios, como Shavell, de la regla de la causalidad probabilística. Una polémica ajena a nuestra jurisdicción, pues las leyes procesales españolas y sus tribunales aprecian los hechos al margen del cálculo de probabilidades.

2.4. El desarrollo de los conocimientos y la creciente complejidad del concepto de daño

El derecho clásico de la responsabilidad civil, por ejemplo el del artículo 1902 CC de 1889, bastaba para dar razón jurídica de las conductas que causaban un daño inmediato a una o más personas determinadas o destruían un objeto mueble o inmueble, lo que podemos denominar daños puntuales (*discrete damages*): el atropello causaba la muerte de la víctima o le producía una lesión cuyos resultados eran inmediatos o muy próximos en el tiempo a la realización de la conducta.

Pero hoy sabemos mucho más de las consecuencias a largo plazo de conductas actualmente poco dañinas o aparentemente inocuas: por poner solo ejemplos sencillos, la asepsia y los antibióticos han permitido superar las enfermedades infecciosas, las vacunas nos permiten combatir las enfermedades víricas y la epidemiología nos pone en condiciones de analizar a largo plazo las consecuencias del consumo o la exposición de una población a sustancias tóxicas, y la medicina laboral nos permite conocer las consecuencias también a largo plazo de trabajos realizados en determinadas condiciones, posturales, físicas o ambientales. Lo anterior ha reducido la importancia de los daños puntuales e individuales y nos obliga a hablar de distintas categorías de daños mucho más complejos:

a) Daños latentes, tardíos y continuados

Así, hablamos de daños latentes para referirnos a aquellos casos en los cuales la conducta perjudicial genera daños con más o menos probabilidad pero que en todo caso se manifiestan a muy largo plazo. Luego, el concepto de daño permanente pone el acento en las consecuencias de secuelas irreversibles pero bien determinadas una vez que son conocidas. La jurisprudencia habla también de daño continuado para referirse a aquellos que van produciéndose a lo largo del tiempo, pero en algún trabajo sus autores hemos preferido utilizar la expresión daño tardío para aludir a aquellos que se van manifestando a lo largo del tiempo y cuya ocurrencia no era previsible a la luz del estado de los conocimientos en el momento de la causación del primer daño.

El daño tardío, a diferencia del latente, no es previsible en el momento de la causación del primer daño por el cual se litiga y por eso se permite una nueva reclamación posterior. Naturalmente todas estas justificaciones son empíricas y no están esculpidas en las tablas de la ley. Resultan oportunas para poner de manifiesto orientaciones normativas razonables a la hora de estimar la indemnizabilidad del daño o si la pretensión para reclamarla está o no prescrita.

La discusión realizada en el apartado anterior sobre pérdida de oportunidad nos ha llevado a considerar de nuevo la dualidad entre preponderancia de la evidencia y causalidad probabilística. Pero los lectores habrán de observar que esto mismo nos lleva a poner en discusión la distinción entre daños actuales y daños futuros: ¿qué ocurre cuando no hay todavía un daño actual, pero el comportamiento del demandado ha incrementado la probabilidad de que el demandante contraiga una enfermedad en el futuro y ello puede probarse epidemiológicamente? Piénsese en el caso en el cual, el o los demandantes fueron expuestos durante largo tiempo a sustancias químicas cancerígenas y el estado de los conocimientos permite aseverar que la probabilidad de que, al cabo de veinte o treinta años, contraigan tales o cuales enfermedades es mayor que en relación al resto de la población. Los norteamericanos hablan al respecto de *"tortious risk"*: hay incremento indebido del riesgo, pero no hay todavía daño actual. ¿Pueden los afectados demandar a quienes han incrementado el riesgo permitido, pero todavía no han causado daño alguno? Quienes responden afirmativamente a esta cuestión suelen argumentar que, por lo menos, los afectados han de poder resarcirse de los gastos derivados de las revisiones médicas periódicas a los que deben someterse para controlar la evolución de su salud (véase In re Marine Asbestos Cases, 265 F.3d 861, 867 (9th Cir. 2001), citado por Epstein y Sharkey, *Cases and Materials*, p. 429, de quienes se toma esta cuestión). Otros niegan la mayor y apuntan a la realidad actual del daño psicológico derivado de la ansiedad que experimenta el afectado ante el incremento indebido del riesgo de contraer una enfermedad.

En la jurisdicción española, la concurrencia de daños permanentes y daños tardíos se aprecia bien en el caso de los daños causados por la talidomida. AVITE (Asociación de Víctimas de la Talidomida en España) reclamó al fabricante Grünenthal una indemnización para los socios de AVITE de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía reconocido por la Administración española. La SJPI nº 90 de Madrid, 19.11.2013 estimó la demanda, pero la SAP Madrid (Secc. 14ª) de Madrid, de 13.10.2014, revocó la SJPI y desestimó la demanda por considerar prescrita la acción de daños. En la STS, Pleno, de 20.10.2015, el Tribunal Supremo desestimó los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por AVITE y confirma la SAP. El capítulo 12 sobre prescripción desarrolla esta cuestión. Sobre la SJPI, véase Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Antoni RUBÍ PUIG, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Antoni TERRA IBÁÑEZ, "Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida", *InDret* 1/2014, http://www.indret.com/pdf/1036_revisado.pdf). Sobre la SAP, véase Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 14ª), Madrid, 13.10.2014 (MP: Sagrario Arroyo García), sobre los daños asociados a la talidomida, Revista CESCO, 14.11.2014, http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/Da%C3%B1os-asociados-a-la-talidomida-Comentario-a-la-SAP-Madrid-13-10-2014.pdf

b) Daños discretos, daños individuales y daños masivos

Como ya hemos señalado, el régimen tradicional del derecho de daños se adecua razonablemente a accidentes discretos que afectan a una persona o a un número reducido de ellas, que se causan en un instante o en un período de tiempo reducido y que provocan finalmente un resultado

inmediato y evaluable al cabo de poco tiempo. El incendio de un edificio, la destrucción de un objeto, el atropello mortal de un peatón, la causación de heridas que sanan al cabo de algún tiempo, aunque dejen secuelas que pueden evaluarse sin demasiada complejidad son ejemplos de este tipo de daños.

Pero el análisis tradicional y el derecho mismo de daños funcionan muy limitadamente en los casos de daños latentes, cuyas manifestaciones sólo se conocen a lo largo de muchos años, acaso de décadas, y en los casos de accidentes masivos (*mass torts*), que afectan a muchas personas y que con frecuencia lo hacen a colectivos difíciles de determinar.

En estos casos y en otros semejantes, el derecho regulatorio, el establecimiento de fondos de compensación específicos o, aún mejor, la asunción de los costes de los accidentes y enfermedades por los sistemas generales de la seguridad social pueden constituir una alternativa al derecho de daños, cuyo lugar debe ceñirse al tratamiento de los casos más graves, de los residuales o –nótese bien- de los emergentes, pues la responsabilidad civil cumple una función esencial en la dinámica del derecho. Al respecto, puede verse Alberto AZAGRA MALO, *La tragedia del amianto y el derecho español*, 1ª ed., Atelier, Barcelona, 2007 y *Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondos de compensación*, 1ª ed., Fundación Mapfre -Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, 2011.

2.5. Daños concentrados y daños difusos

A veces es relevante no tanto la naturaleza del daño como el grado de su concentración o difusión: no solo se trata de que la gravedad de un daño se incrementa más que proporcionalmente cuanto mayor es su grado de concentración -dada la función de utilidad de la mayor parte de los humanos-, es que, además, los daños muy difusos, son mucho más costosos de gestionar que los daños concentrados: un sujeto que sufre un accidente que le cuesta 100.000 € tiene muchos más incentivos para reclamar una compensación que 100.000 afectados que han sufrido un daño de 1 € y el coste de la suma de las reclamaciones en este segundo caso haría inviable la reclamación por vía judicial. Aunque el derecho de daños cuenta con instrumentos para gestionar reclamaciones colectivas por daños difusos, singularmente las acciones de clase, que en el derecho español están muy embrionariamente reguladas en el art. 11 LEC. Una alternativa a las acciones de clase es el derecho regulatorio, es decir, el establecimiento de reglas generales para gestionar la causación y responsabilidad por causación de daños difusos.

2.6 El concepto de daños exclusivamente económicos (*Pure Economic Loss*)

Daño o pérdida exclusivamente económicos suele definirse como el daño pecuniario que no resulta de un daño personal causado al demandante o de un daño material causado a un bien que es propiedad del demandante. Un buen análisis puede verse en el *Restatement of the Law Third Torts: Liability for Economic Harm* (Preliminary Draft No. 3, August 17, 2015; Tentative Draft No 2, April 7th, 2014; Tentative Draft No.1, April 4th, 2012)

En el *Common Law* norteamericano, rige en materia de daños puramente económicos una regla general de ausencia de responsabilidad (*no liability rule*): no hay un deber general de abstenerse

de causar involuntariamente daños puramente económicos a terceros, sino que estos solo son indemnizables cuando concurren buenas razones para ello, como pueden ser, por ejemplo, la negligencia de un profesional o la confianza suscitada razonablemente por el causante de los daños en una víctima o en un grupo definido de víctimas. La exclusión de un deber general se fundamenta en la doble consideración de que una responsabilidad universal por daños exclusivamente económicos generaría una responsabilidad indeterminada y desproporcionada -impracticable- y, sobre todo, en que la herramienta ideal para gestionar contingencias puramente económicas -cuestiones que, por definición, versan exclusivamente sobre dinero- es el contrato y no el derecho de la responsabilidad extracontractual.

En la jurisprudencia española, los casos de daños puramente económicos suelen resolverse con base en consideraciones relacionadas con el carácter puramente especulativo, incierto o insuficientemente probado de los daños que el demandante alega haber sufrido. En la **STS, 3ª, de 23 de marzo de 2009 (RJ 2502), MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco**, descrita en el apartado 9 de este capítulo, el Tribunal Supremo concedió al hotel Miguel Ángel de Madrid una indemnización por la caída de ingresos que había experimentado durante el período en el que tuvieron lugar unas obras del metro muy próximas a su entrada principal. En el caso resuelto por la STS, 1ª, 187/2012, de 29 de marzo, MP: José Antonio Seijas Quintana, Hotelera Diagonal S.A., propietaria del Hotel Hilton de Barcelona, contrató a "Rentokil Initial España, S.A." para que desinfectara algunas plantas del hotel y varias trabajadoras de la limpieza sufrieron una intoxicación debido a que su acceso a la zona desinfectada se produjo antes de las 48 horas recomendadas por Rentokil. Hotelera Diagonal S.A. demandó a esta empresa y solicitó que le compensara "por los recargos de prestaciones satisfechos a las Seguridad Social en relación a las declaraciones de invalidez de las trabajadoras intoxicadas, la cantidad de 637.136,84 euros, [y] por los gastos de defensa letrada en los diversos expedientes administrativos y procedimientos judiciales la cantidad de 576.302,99 euros".

- Fernando GÓMEZ POMAR, Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2002), "The Plural -and Misleading- notion of Economic Loss in Tort. A Law and Economics Perspectiva", *InDret* 4/2002, (www.indret.com)

2.6.1. Material complementario: American Law Institute, Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Economic Harm

Tentative Draft No. 1, April 4th, 2012 –Sections 1-5-; Tentative Draft No. 2, April 7th, 2014 –Sections 6-15-; Preliminary Draft No. 3, August 17, 2015 –Sections 16-20-:

Black Letter of Tentative Draft No. 1 and No. 2

§ 1. Liability for the Unintentional Infliction of Economic Loss: General Principles
(a) An actor has no general duty to avoid the unintentional infliction of economic loss on another
(b) Duties to avoid the unintentional infliction of economic loss are recognized in the circumstances set forth in §§ X-Y.

§ 2. Economic Loss Defined
For purposes of this Restatement, "economic loss" is pecuniary damage not arising from injury to the plaintiff's person or from physical harm to the plaintiff's property.

§ 3. Preclusion of Tort Liability Arising from Contract (Economic Loss Rule)
Except as provided elsewhere in this Restatement, there is no liability in tort for economic loss caused by negligence in the performance or negotiation of a contract between the parties.

§ 4. Professional Negligence Resulting in Economic Loss
A professional is subject to liability in tort for economic loss caused by the negligent performance of an undertaking to serve a client.

§ 5. Negligent Misrepresentation
(1) One who, in the course of his business, profession or employment, or in any transaction in which he has a pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their reliance upon the information, if he fails to use reasonable care in obtaining or communicating it.
(2) [T]he liability stated in Subsection (1) is limited to loss suffered
(a) by the person or one of a limited group of persons for whose guidance the actor intends to supply the information (…); and
(b) through reliance upon the information in a transaction that the actor intends to influence (…)

§ 6. Negligent Performance of Services
(1) One who, in the course of his business, profession, or employment, or in any other transaction in which he has a pecuniary interest, performs a service for the benefit of others, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their reliance upon the service, if he fails to exercise reasonable care in performing it.
(2) The liability stated in Subsection (1) is limited to loss suffered
(a) by the person or one of a limited group of persons for whose benefit the actor performs the service; and
(b) through reliance upon it in a transaction that the actor intends to influence.
(3) A plaintiff's recovery under this Section is subject to the same rules of comparative responsibility that apply to other claims of negligence.
(4) This Section does not recognize liability for negligence in the course of negotiating or performing a contract between the parties.

§ 7. Economic Loss from Injury to a Third Person or to Property Not Belonging to the Claimant
Except as provided elsewhere in this Restatement, a claimant cannot recover for economic loss caused by
(a) unintentional injury to another person; or
(b) unintentional injury to property in which the claimant has no proprietary interest.

§ 8. Public Nuisance Resulting in Economic Loss
An actor whose wrongful conduct harms or obstructs a public resource or public property is subject to liability for resulting economic loss if the claimant's losses are distinct in kind from those suffered by members of the affected community in general.

§ 9. Fraud

One who fraudulently makes a material misrepresentation of fact, opinion, intention, or law, for the purpose of inducing another to act or refrain from acting, is subject to liability for economic loss caused by the other's justifiable reliance on the misrepresentation.

3. Análisis económico del derecho *(Economic Analysis of Law)*

El análisis económico del derecho reduce las categorías de daño a dos:

- Daños patrimoniales o pecuniarios, es decir, aquellos que afectan a bienes o servicios que pueden ser objeto de tráfico y, por tanto, de valoración en un mercado legal. Por ejemplo: daños causados a un automóvil, a un edificio, o daños que imposibilitan a un profesional desarrollar su actividad profesional durante unos días, semanas, meses o años.

- Daños no patrimoniales o morales. Son los que se causan a bienes únicos, insustituibles, o, por decirlo de otro modo, a personas o a bienes que no son objeto de tráfico, ni por tanto de apreciación, en ningún mercado, sea ya porque no existe, sea ya porque la ley no admite su existencia o funcionamiento: hay, efectivamente y como escribe Michael Sandel, bienes que no se pueden comprar (Michael J. SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Market*, 1st ed., Farrar, Straus and Giroux, 2012): no está bien comprar un esclavo, no se puede vender un amigo a los amigos, no es fácil comprar amor, ni suele parecer razonable comerciar hijos, la lista es potencialmente muy larga pero solo su contenido básico no es polémico, pues hay mucha controversia en sus márgenes, una cuestión, esta última, que solo se puede analizar cumplidamente con conocimiento de causa, más adelante. En todo caso, hace más de un siglo que los ordenamientos de los países de nuestra cultura reconocen que los daños causados a objetos únicos, irremplazables, imposibles de comprar o vender, o muchos de los daños personales -y paradigmáticamente, la muerte en muchos casos (no en todos)- son indemnizables de alguna manera. El problema suele ser cómo, pues ¿cómo valorar la pérdida de un hijo?, ¿cómo indemnizar un daño cuya ocurrencia futura nadie o casi nadie aseguraría?, ¿cómo valorar la destrucción de la única fotografía del padre?, ¿el atropello mortal de nuestra vieja perra de trece años de edad, artrítica, sorda y casi ciega?, ¿cómo el insulto vulgar de quien, disparándose un tiro en el zapato, le chilla a otro -"¡Eres un auténtico hijo de puta"!- o el del cínico bien leído y exquisitamente educado, que, sonriendo, susurra -¡"Huérfano, que eres como Jon Snow"!.

4. Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

4.1. La baremación legal y obligatoria de los daños personales causados en los accidentes de circulación: su aplicación puramente orientativa para evaluar daños causados en accidentes distintos a los de circulación y los casos difíciles y extraordinarios en los cuales los tribunales conceden indemnizaciones igualmente extraordinarias

En el derecho español de daños, la indemnización de los daños personales causados en accidentes de circulación está tasada legalmente mediante un sistema de baremos y de aplicación obligatoria (Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre -en adelante,

Texto Refundido-, ampliamente reformado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación).

En cambio, es puramente orientativa para los casos de daños causados por accidentes distintos a los de circulación. Hoy, los jueces y tribunales españoles suelen aplicar de manera orientativa este sistema a accidentes distintos a los de circulación (véanse, por ejemplo, las SSTS, 5ª (Penal), 16.5.2002 -cadete de la guardia civil dispara su arma olvidando que estaba cargada y el proyectil impacta en el pómulo derecho de un compañero-; 3ª, 2.11.2011 suicidio de preso en celda de aislamiento-; 1ª, 27.11.2011 -lesión de derechos fundamentales a la dignidad e integridad moral como consecuencia de despido laboral improcedente).

a) Aplicación orientativa en accidentes distintos a los de circulación

La decisión de los jueces y tribunales de aplicar la ley de baremos fuera de su ámbito estricto de aplicación es discrecional y no está sujeta por tanto a los límites de la aplicación analógica de las leyes del art. 4.1 CC: no se exige ni similitud en los supuestos de hecho ni identidad de razón, aunque por la propia lógica de la ley de baremos se exige similitud o comparabilidad del daño causado. Exigir identidad de razón llevaría a preguntarse por aquellas razones que fundamentan la ley de baremos misma, las cuales son de naturaleza aseguratoria: se trata claramente de contener el precio de las primas del seguro obligatorio y de facilitar los cálculos de las reservas técnicas en responsabilidad civil. Si ello es así, que también puede ser discutido, no tendría mucho sentido proyectar esta lógica sobre accidentes causados en el desarrollo de actividades no sujetas a seguro obligatorio. ¿Respondería la hipótesis anterior a una objeción basada en una exigencia normativa de tratamiento similar de casos similares, es decir, en el intento de evitar que algunos tribunales concedieran indemnizaciones muy elevadas y otros muy reducidas en accidentes muy parecidos?

Obsérvese que en la jurisprudencia de la sala 1ª, si bien la decisión de aplicar el baremo es discrecional para el tribunal, una vez ha decidido aplicarlo ha de ser consecuente con tal decisión y la aplicación ha de ser estricta, esto es y en términos planos, no puede aplicarlo a medias. En cambio y en espera de estudios de trabajo de campo documentados las salas 2ª y 3ª no parecen seguir este criterio, sino una tesis de nuevo por así decirlo doblemente orientativa, en la decisión sobre si aplicarlo o en la aplicación misma.

- **STS, 1ª, 858/2010, de 15 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana. Accidente de trabajo. La aplicación orientativa no permite separarse del baremo.**

"Don Mariano sufrió un accidente cuando se derrumbó la parte inferior de un tabique en el que trabajaba y le cayó en la mano izquierda, a resultas del cual sufrió lesiones y secuelas, que reclama de los demandados Zamakoa S.A, y Seguros FIATC, a los que la sentencia del Juzgado condena a pagar, conjunta y solidariamente, la suma de 150.253,03 euros, y además a Zamakoa, la cantidad de 5.913,22 euros (…) Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial mantiene la del Juzgado salvo en lo relativo al pago de los intereses (…) Don Mariano formula un doble recurso, extraordinario por infracción procesal y de casación (…).

El segundo motivo formulado se sustenta en la aplicación indebida del artículo 1902 del CC, al minusvalorar los daños por errónea utilización del anexo (sistema, baremos y tablas) de la Ley

30/1995, condenando a la demandada Zamakoa a pagar cantidades inferiores a las procedentes conforme a derecho, al no haberse pronunciado sobre los factores de corrección inherentes en lo que se refiere a dos aspectos: incapacidad total del actor y perjuicios económicos/ingresos netos por trabajo personal.

Se estima.

La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 del Código Civil , y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se dota al sistema de criterios técnicos de valoración, así como de una seguridad y garantía para las partes mayor de la que deriva del simple arbitrio judicial, con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal "a quo" resulta manifiestamente errónea o ilógica (…)

Ahora bien, esta regla tiene también dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, sin salirse del baremo para procurar indemnizaciones distintas, puesto que lo contrario haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificaron del daño en un sistema en el que los valores de días y puntos están directamente calculados en previsión y ponderación a sus inherentes factores de corrección (…).

En el caso, la Sala se ha pronunciado expresamente tanto sobre el factor de corrección como de la pérdida de emolumentos para negarlos, posiblemente porque entiende correctamente indemnizado el daño con la indemnización que establece al margen de los factores. De esa forma ignora el factor de corrección derivado de la incapacidad total del actor que en el baremo utilizado en la sentencia para lesiones y secuelas oscila de 14.101 a 70.505 euros, lo que permite incrementar la indemnización [en] 50.000 euros, teniendo en cuenta la edad del lesionado (nacido el día 3 de marzo de 1976), la fecha del siniestro (13 de junio 2002) y las oportunidades perdidas de vida laboral, en un mercado que admite como general el trabajo hasta los 65 años. Tampoco se indemnizan los perjuicios económicos/ingresos por trabajo personal, lo que deberá corregirse mediante una indemnización del 5% sobre los 122.400 euros concedido por secuelas, lo que supone un incremento de 6.120 euros" (FD. 5º).

En el mismo sentido, véase la **STS, 1ª, 321/2009, de 7 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana**. Ingesta de sosa cáustica por negligencia de la dueña de un bar**;** y **la STS, 1ª, 84/2020, de 6 de febrero, MP: José Luis Seoane Spiegelberg**: con cita de jurisprudencia señala que "la aplicación del sistema tabular debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses".

La **STS, 1ª, 232/2016, de 8 de abril, MP: Ángel Fernando Pantaleón Prieto**, constituye una excepción de nota a la tesis expuesta, porque el Tribunal admite la posibilidad de aumentar la indemnización por daño moral al margen de baremos si se trata de indemnizar un daño moral autónomo, independiente del daño corporal. En el caso, el TS tuvo que pronunciarse sobre la

aplicación de los baremos para valorar los daños corporales y morales asociados al accidente del buque "Costa Concordia" sucedido el 13 de enero de 2013. La AP había concedido, además de las indemnizaciones que correspondían por los daños corporales probados y calculadas de acuerdo con baremos, 12.000 euros a cada pasajero por los daños morales consistentes en la "inquietud, ansiedad, angustia y el enorme estrés vividos durante la noche del 13 de enero de 2012 a aguas italianas ". La Asociación de afectados por el accidente alegó en casación la incorrecta valoración del daño por la AP, ya que aplicaba orientativamente el sistema de baremos, y solicitaba una indemnización a tanto alzado de 60.000 euros por pasajero . El TS confirmó la SAP y complementó la doctrina expuesta en el párrafo anterior en el sentido siguiente:

> «La utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores (…) no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, éste último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral. Fue, pues, acertada la decisión de la Audiencia a quo de conceder indemnización por el daño moral inherente a «la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés» (…) tanto a aquéllos de los integrantes de la Asociación recurrente que no padecieron daños corporales, como a los que sí los padecieron» (FD 3º).

Los baremos indemnizatorios son frecuentemente aplicados orientativamente por los tribunales en casos de todo punto ajenos a los accidentes de circulación. Mas como su aplicación es efectivamente orientativa, más allá del mandato de la ley, el Tribunal Supremo entiende que su aplicación errónea no llega a casación. ¿Implica esta tesis que no es lo mismo errar en la aplicación de una ley imperativa que equivocarse en la aplicación *analógica* de la misma ley a casos que caen fuera de su alcance?, ¿hay diferencias entre aplicación analógica y aplicación orientativa? Véase al respecto la sentencia siguiente:

- **STS, 3ª, de 9 de febrero de 2010 (RJ 3307), MP: Luis María Díez-Picazo Giménez.**

En el Hospital 12 de Octubre de Madrid el hijo de la actora, María Inés, había sido diagnosticado de esclerosis tuberosa a los ocho meses de edad y fue tratado hasta los cuatro años de edad con medicamentos sin que dejaran de producirse ataques epilépticos constantes y agresivos asociados a la enfermedad. En el Hospital San Carlos se le aplicó también durante otros tres años y medio tratamiento farmacológico y se desaconsejó la cirugía. Finalmente y a iniciativa propia, la actora acudió a la clínica Teknon de Barcelona, donde, tras las pruebas pertinentes, operaron al menor y, desde entonces, dejó de manifestar crisis epilépticas. El menor quedó con una minusvalía del 67%.

El 13 de agosto de 2002, María Inés interpuso, en nombre de su hijo, una reclamación patrimonial contra la Comunidad de Madrid, que fue desestimada por silencio administrativo, aunque, consta en la sentencia que la Administración reconoció a la actora los gastos de 45.445,90 euros derivados de la intervención quirúrgica. María Inés interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación administrativa, siendo partes demandadas la Comunidad de Madrid y Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros, y solicitó una indemnización de 450.759 euros por los daños físicos y morales del menor.

El TSJ Madrid (Sección 9ª) en Sentencia de 27.11.2006 estimó en parte el recurso de la actora y condenó a los demandados al pago de 418.553,66 euros, por considerar "probada la concurrencia

de los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial" (FD 4º STSJ Madrid). La cantidad concedida incluía los 45.445,90 euros por gastos de la operación y 373.107,76 euros en concepto de daños físicos y morales del menor, cantidad esta última que resultaba de aplicar el sistema de baremos. En particular, el Tribunal otorgó la máxima puntuación a los daños físicos del menor y le aplicó la partida de daño moral complementario.

El TS inadmitió el recurso de casación de la compañía aseguradora y desestimó el único motivo del recurso de la Administración demandada basado en el carácter desproporcionado y arbitrario de la indemnización, pues, alegaba el recurrente, la sentencia impugnada no se atenía a los criterios de aplicación del baremo en lo relativo a la minusvalía y el daño moral:

"[E]l baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, que rige para el sector de los seguros privados, no era vinculante para el tribunal a quo. Este acudió a dicho documento para orientarse a la hora de calcular la cuantía de la indemnización, del mismo modo que habría podido inspirarse en algún otro documento similar o en el criterio jurisprudencial predominante en casos análogos. En todo caso, la aplicación incorrecta de un baremo no vinculante -suponiendo que efectivamente tuviera lugar- no constituye una infracción de la legalidad y, por consiguiente, no sirve de fundamento para casar la sentencia impugnada. Por lo demás, teniendo en cuenta la experiencia de esta Sala en materia de indemnizaciones, la cifra finalmente establecida por el tribunal a quo no resulta desproporcionada ni arbitraria" (FD 4º).

Similarmente, el Tribunal Supremo ha resuelto que los tribunales de instancia pueden apartarse de las reglas de los baremos cuando se trata de estimar la indemnización por delitos dolosos, una tesis que oscila entre la idea de que la causación dolosa de daños es o puede ser fácilmente mucho más dañina que su causación no dolosa –por ejemplo, negligente- y la de que quizás también hay indemnizaciones sancionatorias en el derecho español, solo que implícitas:

- **STS, 2ª, 375/2008, de 25 de junio, MP: Perfecto Andrés Ibáñez. Delito doloso de lesiones. El tribunal de instancia puede separarse del baremo para aumentar la indemnización en casos de delitos dolosos.**

En el caso de la sentencia de la Sala segunda, en la cual un jugador aficionado de fútbol había golpeado otro en el rostro en respuesta a una provocación de la víctima y al margen de cualquier lance del juego, el imputado había sido condenado como autor de un delito de lesiones y al pago de una indemnización de 50.589,58 euros. Para la determinación de esta última, la Sala de instancia había recurrido orientativamente a los baremos del Texto Refundido, pero se había apartado de sus disposiciones en materia de lucro cesante. El Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación del condenado, pues considera básicamente que la sala de instancia puede efectivamente apartarse de los criterios indemnizatorios establecidos por la ley cuando el daño se causó dolosamente.

"El acusado Jesús Ángel, mayor de edad y sin antecedentes penales, jugaba un partido de fútbol-sala en el campo de "Ses Paises", de Sant Antoni (Ibiza), cuando, en sus minutos finales y encontrándose en la zona del centro del campo, propinó a Fermín, jugador del equipo rival, un codazo, tras lo cual se dirigió inmediatamente hacia su área, saliendo tras él el referido Fermín. Al llegar a su posición este le propinó un empujón recriminándole su comportamiento, empujón que le hizo retroceder, sin perder el equilibrio y caer al suelo, respondiendo el acusado, con

intención de menoscabar su integridad física, con un puñetazo dirigido directamente al rostro, golpeándole así en la zona de la nariz, frente y ojo derecho (…)

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Condenamos a Jesús Ángel como autor responsable de un delito de lesiones (…) a las penas de un año y seis meses de prisión (…) En el orden civil, Jesús Ángel abonará a Fermín, en concepto de indemnización, la suma de 50.589,58 euros (…)

[S]e preparó recurso de casación por el condenado (…) La sala de instancia desglosa los conceptos indemnizatorios de forma suficiente y que permite entender el criterio de valoración del que ha hecho uso. En efecto, de una parte compensa los 100 días de baja e incapacidad (10 de ellos de hospitalización) con 5.016,10 euros; las secuelas, sin considerar el perjuicio estético, con 21.141,20 euros; con 19.027 euros este último. Sobre el total resultante por las secuelas la sala giró un factor de corrección del 10%; y, en fin, añadió 1.388,20 euros en concepto de lucro cesante por la pérdida de días de trabajo (…) Por lo demás, la circunstancia de que la adecuación a las prescripciones del baremo, tomado como referencia, no haya sido plena, es una objeción aquí inatendible, pues sus previsiones tienen que ver con acciones de muy distinto tenor de la enjuiciada. Y es que, en efecto, desde el punto de vista de la afección moral no es lo mismo resultar víctima de un accidente propio de los del tráfico rodado que de una acción dolosa, reflexivamente orientada a causar daño. En este caso en una región anatómica como la del impacto. Así, es razonable que ese plus de gravedad y de gravamen se traduzca en un incremento del monto de la indemnización".

En el mismo sentido, véase la STS, 2ª, 366/2011, de 11 mayo de 2011, MP: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Delito doloso de lesiones.

Cuatro referencias bibliográficas específicas:

- Miquel MARTÍN-CASALS, "Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo"). Líneas generales de los trabajos de la "Comisión de expertos"", *InDret* 4/2012, www.indret.com

- Miquel MARTÍN-CASALS, "Conceptos perjudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa", *InDret* 2/2013, www.indret.com.

- Javier LÓPEZ GARCÍA de la SERRANA (Dir.), *Manual de Valoración del Daño Corporal, Guía de aplicación del Sistema de Baremación para accidentes de circulación*, Aranzadi, 2007.

- Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Ignacio MARÍN, "Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida" *InDret* /2006, www.indret.com

b) Material complementario: excepciones a la aplicación orientativa de la legislación sobre baremos

Con todo, hay excepciones muy notables en casos en los que los tribunales conceden indemnizaciones igualmente extraordinarias al margen de la legislación sobre baremos.

- **STS, 3ª, de 18 de setiembre de 2009 (RJ 7303), MP: Juan Carlos Trillo Alonso, sobre la muerte de la mujer y de la hija del actor en su presencia y en circunstancias extraordinarias**

El 2 de septiembre de 2005, el actor, de 32 años de edad, estaba trabajando en el campo cuando vio que una avioneta del Ejército del Aire, que había despegado de Murcia para realizar un vuelo de entrenamiento, se estrellaba en el casco urbano de Baeza, Jaén, y caía sobre su casa, causando su derrumbe e incendio. Al día siguiente, los equipos de rescate encontraron el cuerpo descuartizado y completamente quemado de su mujer, pero ningún rastro de su hija de nueve meses de edad.

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2007 se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y se acordó indemnizar al actor con 742.963,19 euros.

El actor interpuso recurso contencioso administrativo solicitando que se aumentara la cuantía concedida en el citado Acuerdo a 184.699,51 euros más en concepto de secuelas psicológicas (103.093,89 euros), gastos de tratamiento psicológico (360 euros), días de incapacidad (6.392,10 euros) y daño moral derivado de la pérdida de objetos de valor (63.640 euros).

El TS estimó en parte el recurso del actor y aumentó la indemnización concedida por el Acuerdo del Consejo de Ministros en 120.535,77 euros, por los mismos conceptos alegados por el recurrente:

"Previsto para determinar la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación de vehículos a motor, mal cabe [la] aplicación [del baremo] o al menos sin correcciones al caso (…) Y es que las circunstancias con las que se presentan los acontecimientos, se revelan como especialmente trágicas (…) y por ello acreedoras de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos(…)" (FD. 3º).

Las circunstancias del caso llevaron al incremento de la indemnización, que ascendió a 863.498,96 euros en total.

Véase también, recientemente, la ya citada **STS, 3ª, de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013\582), MP: Ricardo Enríquez Sancho**, que resuelve un caso sobre pérdida de oportunidad de un paciente de 50 años de edad a quien diagnosticaron tardíamente un proceso tumoral abdominal cuando ya se había hecho metástasis en el peritoneo: "[L]os baremos (…) no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (…) En el caso (…) la suma fijada (...) de 108.846,51 euros que el baremo reconoce al cónyuge y 18.141,08 euros a la hija no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes (…) esta sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000 euros y 600.000 euros, por lo que, reduciendo esta suma en atención al reducido grado de probabilidad de haber evitado el resultado fatal producido si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad (…) procede reconocer (…) una suma de 126.987,59, igual a la reconocida por la sentencia de

instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de *reformatio in peius*" (FD 4º).

La indemnización por muerte concedida por la jurisprudencia en casos semejantes triplica la que correspondería por la legislación de baremos por la mujer y madre de los reclamantes.

- STC 11/2008, de 21 de enero (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2008), sobre la privación indebida de la custodia de los hijos de la actora durante diez años

En esta sentencia, el TC desestimó el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía contra el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Civil, Sec. 6ª, 30.12.2005, que había condenado a la Junta a pagar una indemnización de 1.450.000 euros a la Sra. Carmen Fernández. por la declaración indebida de la existencia de una situación de desamparo de sus hijos, de 5 y 4 años de edad respectivamente, y la consiguiente privación de su guarda y custodia.

Los hechos y el iter procedimental del caso son los siguientes:

En 1996, la policía halló a la Sra. Carmen F. en situación de pérdida de autocontrol debido a una ingesta alcohólica. El 12.11.1996, la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía declaró la existencia de una situación legal de desamparo de sus hijos, retiró la guarda y custodia de la madre y los menores quedaron bajo la tutela de la Junta de Andalucía.

El 2.6.1997, la Junta de Andalucía dio a los menores en acogimiento preadoptivo al matrimonio formado por Juan y Josefa.

La madre de los menores se opuso judicialmente a la declaración de acogimiento y el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, 8.9.1998, desestimó la oposición de la madre. Recurrida por la actora, la sentencia del Juzgado fue revocada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 6ª, 12.6.2000, pues consideró que no existía situación legal de desamparo.

No obstante, en ejecución de la anterior sentencia de la Audiencia, el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, 11.7.2001, resolvió que, para velar por el interés superior de los menores, estos debían permanencer con sus acogedores.

Por su parte, los acogedores recurrieron en amparo la SAP de Sevilla, 12.6.2000, por la que se rechazaba la existencia de una situación legal de desamparo, y alegaron vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque se les había negado su participación en el proceso judicial iniciado por la madre de los menores. La STC, Sala 2ª, 124/2002, de 20 de mayo (BOE núm. , estimó el amparo solicitado y declaró la nulidad de la SAP Sevilla con retroacción de las actuaciones para que, personados los acogedores de los menores, se pronunciara nueva Sentencia por aquélla.

Pocos meses después, la AP Sevilla, acatando el fallo del TC, dictó nueva sentencia, 26.12.2002:

> "[D]eclaramos que no ha existido situación legal de desamparo (…) y denegamos asimismo el acogimiento preadoptivo interesado.

> Acordamos que, en consecuencia, los menores referidos vuelvan a convivir con su indicada madre bajo cuya guarda y custodia quedarán.
>
> Declaramos la imposibilidad de ejecución de lo aqui resuelto en el punto cuarto de este fallo [según el cual "del examen del resultado del programa de acercamiento (…) se constata (…) que el regreso de los menores con su madre resulta ya imposible y deviene una quimera sin un serio quebranto de la salud psíquica, y quien sabe si también de la física, de tales menores (…) [D]espués del tiempo transcurrido y las vicisitudes acaecidas con posterioridad a la sentencia de esta Sala anulada y las vivencias a que los menores han estado expuestos hacen que contemplen a aquéllas como a una extraña" (FD. 4º).
>
> Acordamos que por parte del juzgado del que proceden estas actuaciones y al que corresponde su ejecución, se incoe incidente para la determinación de la indemnización sustitutoria que ha de corresponder a la recurrente por la imposibilidad de la ejecución señalada" [conforme al art. 18.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial].

En el mencionado incidente de ejecución, la madre solicitó algo más de 1 millón de euros (no consta la cuantía exacta).

> Consta acreditado que, en el año 2003, la hija, de 13 años de edad, volvió por su propia voluntad a convivir con su madre biológica, y que el sufrimiento padecido por Carmen se tradujo en dos enfermedades: una depresión, que tuvo manifestaciones tan graves como el intento de suicidio, y un cáncer de pulmón por el que tuvo que someterse a tratamiento oncológico.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, 28.3.2005 condenó a la Junta de Andalucía a pagar a la madre de los menores una indemnización de 72.670 euros.

La parte actora y la Junta de Andalucía interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Sevilla, Sec. 6ª, 30.12.2005, desestimó el recurso de la Junta, estimó en parte de la parte actora y condenó a la Junta a pagar una indemnización de 1.450.000 euros:

"[S]in que un supuesto tan específico y humano como el presente guarde relación alguna con los supuestos de accidentes de tráfico, [el juez a quo] decide, para cuantificar la indemnización, acudir al baremo indemnizatorio establecido para las compañías aseguradoras en la Ley 30/1995 de 8 de noviembre (…), decisión que sólo tiene de acierto el eliminar en algún porcentaje una discrecionalidad que fácilmente podría desembocar en arbitrariedad. En efecto, por donde quiera que se mire, ningún parangón es posible establecer entre unas lesiones o un fallecimiento por accidente de tráfico con la ilegítima privación de unos hijos a su madre desde hace casi diez años, con numerosas y muy graves circunstancias que rodearon tal privación y que agravaron hasta extremos de difícil narración el sufrimiento, podemos ya avanzar que muy superior al de la muerte. Por tanto no vale como referente el indicado baremo, que, por otra parte, también se ha aplicado con criterios sumamente restrictivos en un ejercicio irracional de la prudencia y ponderación debidas(…) (FD. 3º).

[P]arece de todo punto correcto en términos de razonabilidad, prudencia y ponderación, la utilización del referente indemnizatorio empleado por la solicitante respecto de las indemnizaciones otorgadas por el Tribunal Supremo en los supuestos de personas indebidamente privadas de libertad, debiéndose tener presente que el criterio utilizado por el Alto Tribual es progresivamente creciente (…).

Con tales parámetros, procede aceptar íntegramente, por este concepto, e incluso calificarlo de moderado, el importe de algo más de un millón de euros pedido (…) [D]ebe tenerse en cuenta que todas las cifras han de multiplicarse por dos, pues dos han sido las privaciones de la solicitante (…) y que, finalmente, el hecho no es del todo equiparable, pues parece mucho más grave la privación de unos hijos que la que pueda sufrir uno mismo (…)

H]a de ser objeto de indemnización diferenciado el sufrimiento asimilable a la muerte física que representa el fin de aquella expectativa [de recuperación de los hijos], la pérdida definitiva de los hijos, y por tal concepto acordamos una suma de 250.000 euros, en lugar de los 500.000 solicitados por la recurrente porque computa dos hijos, en tanto que es aquí donde hemos de hacer cierto trato diferenciador en atención a la singularidad de la situación producida con respecto a la menor (…), porque para ésta no puede predicarse una situación equivalente a la muerte física dado que voluntariamente ha vuelto a convivir con su madre (…)

El último concepto de indemnización que procede acordar (…) es el relativo a la enfermedad actual de la solicitante, situación que sí que puede ser conceptuada como de secuelas a consecuencia de un daño o lesión sufrido de manera ilegítima, y aquí, desprovistos ya de todos los antecedentes, ya considerados, y atendiendo en exclusiva a las secuelas, podría establecerse cierto parangón con las secuelas producidas en accidente de circulación, y tomando como referente el baremo indemnizatorio de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre (…), pero en su máximo exponente en atención a la particularidad del caso, parece ponderada la determinación por este concepto de una suma de 200.000 euros, dado que los padecimientos son irreversibles e incurables. Sumados los conceptos referidos en las cuantías señaladas, nos pone en presencia de una indemnización ascendente a 1.450.000 euros, la que devengará el interés legal" (FD. 5º).

La Junta de Andalucía recurrió en amparo esta decisión y el Tribunal Constitucional desestimó el recurso: "[H]emos de concluir que la queja ahora examinada no alcanza los umbrales de la motivación manifiestamente irrazonable que exige la doctrina constitucional para estimar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE" (FJ. 9º).

La afirmación de la Audiencia Provincial en el fundamento de derecho tercero en cuya virtud hay daños y específicamente daños morales (sufrimientos) peores, más graves que los causados por la muerte no es autoevidente. ¿Se quiere decir que hubiera sido menos malo para la madre que hubieran matado a sus dos hijos? ¿Sólo en el caso de homicidio imprudente? ¿También en el de homicidio doloso? ¿Puede estar relacionada la indemnización concedida con consideraciones derivadas de la prevención del hecho dañoso? El homicidio está sancionado por el Código Penal pero las discusiones estrictamente jurídicas sobre la guarda y custodia de niños menores de edad son mayormente civiles. ¿Juega algún papel en este caso la prominencia o singularidad del daño? Es sabido que los accidente absolutamente inesperados, extraordinarios en tal sentido, llevan a los tribunales a conceder indemnizaciones mayores que las que otorgan o convalidan en casos de

accidentes por decirlo así comunes u ordinarios y que, igualmente, los medios de información y el público en general se interesan más por el suceso extraordinario que por el corriente, aunque la frecuencia de estos últimos sea mucho más lesiva socialmente. ¿Qué justificaciones tiene el tratamiento especial y acaso privilegiado de los accidentes extraordinarios? ¿Sufren la víctima o sus allegados un daño adicional por la circunstancia de que el accidente hubiera sido absolutamente extraordinario?

Véase un comentario del Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30.12.2005 en Miguel Ángel ROIG DAVISON, "Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos. Comentario al AAP Sevilla, Civil Sec. 6ª, 30.12.2005, MP: Ruperto Molina Vázquez", *InDret* 2/2006, www.indret.

4.2. Título IV (arts. 32 a 143) y Anexo del *Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, introducidos por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

El sistema vigente de valoración de los daños personales causados en accidentes de circulación entró en vigor el 1 de enero de 2016 (D.F. Quinta Ley 35/2015) y se estructura sobre la base de tres tipos de daño corporal posibles causados por un accidente de circulación (la muerte, las secuelas y las lesiones temporales). A continuación, se da razón de su contenido principal.

La Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración de Daño Corporal de la Ley 35/2015 ha emitido en este año 2020 un informe que analiza su puesta en marcha, y sus repercusiones jurídicas y económicas, y que puede consultarse en:
https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/libreria/InformeLey35.pdf.

a) Daños corporales y perjuicios, personales y patrimoniales, resarcibles

El sistema distingue entre "daños corporales" y los "perjuicios" que aquellos causan, lo que permite incluir en estos últimos una diversidad de conceptos resarcibles que en las tradicionales clasificaciones de daños no siempre se han tratado de manera autónoma.

Así, dentro de la categoría de perjuicios personales, incluye el perjuicio psicofísico, el perjuicio estético, el daño moral en sentido estricto o *pretium doloris*, o la pérdida de calidad de vida, que se concreta tanto en la pérdida de autonomía personal o limitación para realizar las actividades esenciales de la vida ordinaria - desde comer hasta tomar decisiones (nuevo art. 51 TR LRCSCVM)-, como en la pérdida de desarrollo personal, que incluiría las actividades de ocio pero también la ocupación o actividad profesional (nuevo art. 53 TR LRCSCVM).

Dentro de la categoría de perjuicios patrimoniales, se distingue entre lucro cesante y daño emergente y en esta última categoría incluye diversos tipos de gastos no contemplados en el sistema vigente: en caso de fallecimiento, por ejemplo, añade los gastos razonables que aquel cause, como el desplazamiento, la manutención o el alojamiento; en caso de secuelas, cubre los gastos previsibles de asistencia futura, los gastos de rehabilitación futura, los relacionados con la pérdida de autonomía personal (ayudas técnicas o productos de apoyo), o "el perjuicio patrimonial por el incremento de costes de movilidad" (nuevo art. 119 TR LRCSCVM), que va más allá del actual gasto de adecuación del vehículo. Además, se admite que los familiares de víctimas

fallecidas o de grandes lesionados sean indemnizados por gastos de tratamiento médico y psicológico de hasta seis meses de duración (nuevo art. 36.3 TR LRCSCVM). En caso de lesiones temporales, incluye los gastos de asistencia sanitaria y todos aquellos que "la lesión produce en el desarrollo de la vida ordinaria del lesionado hasta el final del proceso curativo", en particular, "los incrementos de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle (...) y, en general, los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba" (nuevo art. 142 TR LRCSCVM) .

b) **Valoración separada de los perjuicios personales y patrimoniales**

El sistema vigente valora de manera separada los perjuicios personales, de un lado, y los perjuicios patrimoniales, del otro (nuevo art. 33 TR LRCSCVM), y de esta manera corrige uno de los defectos estructurales del sistema anterior.

Antes de la Ley 35/2015, la indemnización básica en caso de muerte compensaba el daño moral de los familiares pero también el perjuicio patrimonial básico derivado de la dependencia económica de la víctima. Además, la base para el cálculo del perjuicio patrimonial por pérdida de ingresos en los tres supuestos de daño corporal ('lucro cesante presente' en la terminología de la STS, 1ª, 25.3.2010, RJ 2010\1987, MP: Juan Antonio Xiol Ríos) era el daño personal básico. Y en el caso de lesiones permanentes, la indemnización complementaria que la víctima podía recibir por razón de su incapacidad compensaba al mismo tiempo, según reiterada jurisprudencia del TS, perjuicios personales y patrimoniales y era el juez quien tenía que valorar la importancia de cada aspecto en cada caso concreto. La reforma introducida por la Ley 35/2015 acaba con esta confusión de conceptos y, tanto para los casos de secuelas como de lesiones temporales, valora de manera separada el daño moral asociado a la pérdida de calidad de vida.

c) **Tablas de lucro cesante**

El cálculo del lucro cesante, en casos de fallecimiento y de secuelas, se lleva a cabo mediante un modelo de base actuarial que multiplica los ingresos netos del fallecido o de la víctima o, en el caso de víctimas menores de 30 años pendientes de acceder al mercado laboral y de víctimas con dedicación a las tareas del hogar, un porcentaje del salario mínimo interprofesional, por un coeficiente que incorpora elementos relevantes para el cálculo (nuevos arts. 80 y ss. y 126 y ss. TR LRCSCVM).

d) **Individualización de los perjuicios**

En comparación con el sistema anterior de baremos, el actual trata de individualizar en mayor medida el perjuicio en cada caso particular. Por ejemplo, el daño moral de los familiares o allegados de la víctima fallecida se cuantifica de manera individual y no por razón de su pertenencia a una unidad familiar concreta. El baremo económico (la actual tabla III), que otorga un determinado valor a las distintas secuelas en función del número de puntos -que previamente se han asignado conforme al baremo médico- y la edad de la víctima, se articula de punto en punto y de año en año. Además, admite la indemnización de los gastos por necesidad de ayuda de tercera persona más allá de los casos de grandes inválidos y regula de manera muy detallada la manera de calcularla (nuevos arts. 120 y ss. TR LRCSCVM).

e) **Posibilidad de indemnizar perjucios excepcionales**

El art. 35 del TR LRCSCVM reconoce el carácter cerrado o excluyente del sistema de baremos, "por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos a los previstos en él". No obstante, admite la posibilidad de indemnizar, en los casos de muerte y secuelas permanentes, "perjuicios excepcionales" que sean "relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema" (art. 33.5 TR LRCSCVM), con un límite máximo de incremento del 25% de la indemnización por perjuicio personal básico (art. 77 y 112 TR LRCSCVM).

f) **Momento de determinación de la cuantía indemnizatoria**

El sistema vigente modifica el momento de determinación de la cuantía de los distintos conceptos indemnizables y sustituye el año de estabilización de las secuelas (SSTS 1ª, 429/2007, 430/2007, de 17 de abril, MP: Encarna Roca Trías) por el "año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o resolución judicial" (nuevo art. 40).

g) **Indemnizaciones por causa de muerte: categorías autónomas de perjudicados, que incluyen al allegado, y posibilidad de excluir la indemnización si existe prueba de la inexistencia del perjuicio, así como de extenderla a otras personas**

La Ley 35/2015 ha sustituido el antiguo sistema de clasificación de los perjudicados, por razón de su pertenencia a grupos de familias excluyentes entre sí y basado en una jerarquía entre los familiares de cada grupo, por otro que distingue entre categorías autónomas de perjudicados, que incluyen al cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos, y también a los allegados.

También supera la rigidez y el automatismo del anterior en un triple sentido: primero, porque admite que "concurran circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir" (art. 62.2 TR LRCSCVM) aun cuando el sujeto esté incluido en alguna de las categorías de perjudicado; en segundo lugar, porque admite que tengan la condición de perjudicados otros familiares distintos a los señalados más arriba o personas muy cercanas a la víctima que "hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento" (art. 67 TR LRCSCVM). Y, en tercer lugar, porque como ya había admitido la jurisprudencia española en algún caso (por ejemplo, STS, 1ª, 26.3.2012, RJ 5580, MP: Juan Antonio Xiol Ríos), otorga la condición de perjudicado a la persona, sea pariente o no de la víctima que, "de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición" (art. 62.3 TR LRCSCVM).

Hay otros cambios de detalle en relación con el funcionamiento de las tablas. Así, por ejemplo, actualmente se limita el papel de la edad de la víctima en la cuantificación del daño moral a dos casos (el daño moral del cónyuge por la muerte de la pareja sólo tiene menos valor si la víctima fallece con más de 67 años; el daño moral de los progenitores por la muerte del hijo es inferior si la víctima fallece con más de 30 años). Se distingue hasta en cuatro niveles la indemnización que recibe cada hijo de la víctima en función de su edad. Y, además, se introduce el factor de la convivencia entre cónyuges o miembros de la pareja de hecho para fijar la indemnización: se

establece una cantidad fija hasta los quince años de convivencia (90.000 euros si la víctima tenía menos de 67 años) y se aplica un incremento de 1000 euros por cada año adicional. En la tabla relativa a "perjuicio personal particular", la convivencia con la víctima, además, justifica en algunos casos una indemnización adicional.

h) **Indemnizaciones por secuelas**

h.1) Perjuicio personal básico

La cuantificación del perjuicio personal básico sigue en líneas generales el sistema anterior, con algunas particularidades:

- El baremo económico se articula de punto y punto y de año en año, a diferencia del antiguo baremo, más impreciso, porque utilizaba horquillas de puntuación y de edad excesivamente amplias.
- El baremo médico prevé una puntuación única y superior para algunas secuelas concurrentes que juntas suponen una agravación de la entidad fisiológica de cada una de ellas (secuelas interagravatorias, nuevo art. 99 TR LRCSCVM). En ausencia de puntuación específica en la tabla, el sistema faculta al juez para aumentar en un 10% la puntuación que resulte de aplicar la fórmula de secuelas concurrentes (nuevo art. 99.3 TR LRCSCVM).
- Bajo el sistema anterior, la subsistencia de incapacidades preexistentes que hayan influido en el resultado lesivo es una circunstancia que actúa como factor de disminución de la indemnización básica en un porcentaje equivalente al grado de influencia en la agravación de la secuela. El nuevo baremo, en cambio, regula expresamente esta posibilidad en algunos apartados del baremo médico y prevé que, en su defecto, se aplique la fórmula siguiente: (M-m) / [1-(m/100)], donde "M" es la puntuación de la secuela en el estado actual y "m" es la puntuación de la secuela preexistente.
- Desaparece en el nuevo texto la consideración de las incapacidades preexistentes como un factor de aumento de la indemnización básica, que, en cambio, se mantiene en la indemnización por muerte.
- El nuevo sistema prevé una regla de cierre conforme a la cual "las secuelas no incluidas en ninguno de los conceptos del baremo médico se miden con criterios analógicos a los previstos en él" (nuevo art. 97.5 TR LRCSCVM).

h.2) Daño moral complementario

Se introduce una indemnización adicional de 9.600 a 48.000 euros por daño moral complementario asociado a lesiones estéticas muy importantes, que hayan recibido al menos una puntuación de 36 puntos en el baremo médico (nuevo art. 106.1 TR LRCSCVM)

h.3) Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados

El nuevo art. 110.4 aclara que "la legitimación para reclamar la reparación de este perjuicio se atribuye en exclusiva al lesionado, "quien deberá destinar la indemnización a compensar los perjuicios sufridos por los familiares afectados".

i) **Indemnizaciones por lesiones temporales: pérdida temporal de calidad de vida, perjuicio personal por intervención quirúrgica e indemnización de perjuicios patrimoniales según su importe**

En los arts. 137 y ss. TR LRCSCVM, puede verse cómo se sustituye el anterior concepto de "día de baja" por el de día de "pérdida temporal de calidad de vida" (e introduce como perjuicio personal resarcible (de 400 a 1600 euros) el que el lesionado sufre por cada intervención quirúrgica (nuevo art. 140 TR LRCSCVM). En lo relativo a los perjuicios patrimoniales por gastos asociados a la lesión o por lucro cesante, se admite su indemnización en el importe que la víctima consiga acreditar.

j) **Compatibilidad de las indemnizaciones por lesiones y por muerte si ambos daños derivan del accidente de circulación y ajuste de la cuantía indemnizatoria a la que tienen derecho los herederos**

Los nuevos arts. 44 y 45 prevén el fallecimiento de la víctima lesionada como una circunstancia que, ya se haya producido a causa del accidente de circulación o no (art. 47), influye en la cuantía de la indemnización, la cual se verá reducida según las reglas allí previstas. En cambio, para el Tribunal Supremo es un hecho relevante si el fallecimiento trae causa del accidente y es un efecto más del mismo o, por el contrario, es un riesgo general más de la vida, una circunstancia relativa a la esperanzada de vida del sujeto, porque sólo en el primer caso los herederos de la víctima habrán de soportar una reducción de la indemnización de todos y cada uno de los conceptos perjudiciales (SSTS, 1ª, 13.9.2012, RJ 11071 y STS, 1ª, 10.12.2009, RJ 2010\280).

5. Desarrollos

5.1. Daños morales

a) Daño patrimonial y moral: las razones de la diferencia, en Fernando GÓMEZ POMAR, "Daño moral", *InDret* 1/2000, www.indret.com, pp. 1-3

"En economía, dañar es hacer disminuir la utilidad del individuo dañado. En derecho, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, una dualidad básica y que tiene importantes consecuencias legales. El análisis económico del derecho integra entonces los discursos de la economía y del derecho para elaborar una teoría fecunda y elegante de los daños morales que se expone a continuación.

En el marco de esta teoría, los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.
b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento

experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente.

Una representación gráfica y muy sencilla de ambas nociones puede obtenerse mediante la función de utilidad del dinero. Las consecuencias de un daño patrimonial se dibujan en la figura 1, que muestra un movimiento hacia la izquierda a lo largo de la propia curva: el individuo dañado sufre un daño patrimonial de importe D, pero el abono de una cantidad de dinero D puede restablecer la utilidad perdida y volver a llevarle de B a A.

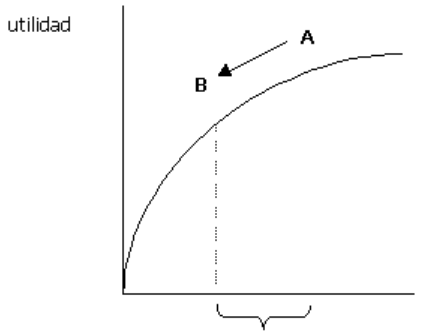


FIGURA 1

Los efectos de un daño moral se representan en la figura 2 como un desplazamiento que se produce no a lo largo de la misma curva sino de una a otra que se sitúa más abajo. Obsérvese que el cambio no afecta a la cantidad de dinero disponible por el dañado, que sigue siendo la misma. Sucede, sin embargo, que la misma cantidad le vale menos, le rinde menos utilidad: en el ejemplo utilizado para ilustrar el concepto de daños moral, nuestro velocista inválido ya no puede disfrutar con la misma intensidad del dinero que no ha perdido. Así, en la figura 1 la diferencia entre la utilidad A y la B es monetaria, de dinero. En cambio, en la figura 2 es de utilidad "pura".

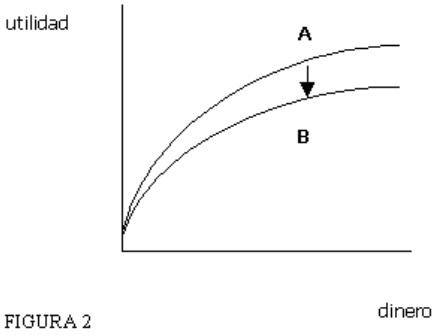


FIGURA 2

b) Material complementario sobre daño moral

- Sobre la indemnizabilidad de la angustia provocada por la incertidumbre de desarrollar una enfermedad: STSJ Galicia, 3ª, 626/2004 de 21 julio, MP: Mª Dolores Galindo Gil

Entre mayo y noviembre de 1997, varios hospitales gallegos, públicos y privados, inyectaron a 450 pacientes con cuadros de posible tromboembolismo pulmonar el medicamento

radiofármaco *Amerscan Pulmonate II Technetium Lung Agent* (en adelante, *Amerscan Pulmonate II*) para la realización de gammagrafías pulmonares de ventilación-perfusión. Dicho radiofármaco, un contraste inyectable compuesto de tecnecio (^{99m}Tc) y de microesferas de albúmina elaboradas con plasma humano, había sido fabricado por el laboratorio británico "Nycomed Amersham" para el diagnóstico de embolias pulmonares.

El 18.11.1997, el Ministerio de Sanidad del Reino Unido retiró del mercado británico los lotes A-548, A-554 y A-556 de *Amerscan Pulmonate II*, tras haber detectado que uno de los donantes de la partida de plasma, de quien se había obtenido uno de los componentes del radiofármaco, la albúmina *Zenalb 20*, había desarrollado una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob (en adelante, nvECJ) con posterioridad a la donación. Esta enfermedad, como la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, es una enfermedad mortal que afecta al sistema nervioso central y daña la función cerebral, si bien aparece en edades más tempranas.

Ese mismo día, el Ministerio de Sanidad británico comunicó dicha retirada al Ministerio de Sanidad y Consumo español. La Subdirección General de Control Farmacéutico, tras comprobar la presencia en el mercado español de dos de los lotes potencialmente contaminados con la nvECJ (lotes A-548 y A-554) ordenó, como medida precautoria, la inmovilización del producto. Asimismo, advirtió de que no existían evidencias de que el producto fuera defectuoso o estuviese contaminado con la nvECJ, de que el donante sufriera aquella enfermedad o hubiere desarrollado el agente infeccioso en el momento de la donación, y de que la nvECJ fuera transmisible por vía sanguínea.

Entre el 26.11.2003 y el 21.7.2004, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó 28 sentencias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los posibles daños físicos y morales derivados de contagios por tales hechos. En concreto, en el caso que dio lugar a la STSJ de Galicia de 21.7.2004, la paciente y actora había reclamado en la vía contencioso-administrativa 300.506,05 € en concepto de daños morales, así como la creación de áreas multidisciplinares en las que se ofreciera asistencia a los pacientes. El TSJ de Galicia desestimó el recurso:

"[N]i se ha probado científicamente el riesgo de llegar a contraer dicha enfermedad por el hecho de haber recibido el mencionado radiofármaco integrado por un componente de una partida de plasma, en concreto la albúmina, donada por quien contrajo con posterioridad a la donación la nueva variante de dicha enfermedad, ni se ha demostrado que la actora haya resultado infectada, lo cual elimina uno de los presupuestos imprescindibles para la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración cual es la existencia del daño o lesión indemnizable (…) Pese a que la ausencia de daño efectivo y antijurídico así como de relación causal entre el funcionamiento normal o anormal de la Administración sanitaria y el invocado perjuicio, han de dar lugar a la desestimación de la presente reclamación, conviene significar que se comprende la preocupación creciente de la actora ante la posibilidad de desarrollar en el futuro la enfermedad" (FD. 4º).

(Marian GILI SALDAÑA, "Responsabilidad de la Administración por el posible contagio de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob", *Indret* 1/2006)

La sentencia extractada niega a la reclamante la indemnización solicitada pues considera que hay una absoluta incertidumbre sobre el desarrollo de la enfermedad. ¿Habría sido igual la resolución

del caso si la demandante hubiera probado la existencia de un riesgo en sentido técnico, es decir, de una probabilidad razonablemente cuantificada de sufrir el daño? ¿Sería razonable exigir umbrales de cuantificación de tal riesgo (como, por ejemplo, que éste fuera igual o superior a determinado porcentaje)? En otro punto de estas sesiones, analizamos los casos de responsabilidad de profesionales sanitarios y de fabricantes de medicamentos o productos sanitarios por no haber informado al consumidor de contingencias previsibles del consumo o uso de medicamentos y productos, aunque los riesgos sean extraordinariamente reducidos: ¿es coherente esta jurisprudencia con la línea de resoluciones apuntada por este caso? En la literatura véase Margaret A. BERGER, Aaron D. TWERSKI, "Uncertainty and Informed Choice: Unmasking Daubert", 104 *Michigan Law Review* 257 (2005).

- **Baremación de los daños morales por prisión indebida; SAN, 3ª, Secc. 3ª, de 16 de febrero de 2012 (JUR 80034), MP: Isabel García García-Blanco**

"En el presente recurso se impugna la resolución del Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro del ramo, de 17-12-2010 estimatoria en parte de la reclamación por responsabilidad patrimonial del estado por error judicial formulada por el recurrente el 20-11-2009.

En dicha resolución se contempla una indemnización de 555.600 € por los 4.630 días de prisión (12 años, 8 meses y 8 días), a razón de 120 €/día.

Ante esta Jurisdicción se reclaman 10.000.000 € minorados en la cantidad ya reconocida e incrementados en el interés legal desde la fecha de la reclamación administrativa.

La cuestión debatida, una vez que el error judicial resulta de la sentencia de revisión penal, queda limitada a determinar la cuantía a indemnizar por los daños y perjuicios, reales que no meramente hipotéticos, que resulten acreditados y que aparezcan causalmente vinculados con la condena que fue objeto de revisión.

[E]l recurrente fue condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (…) como autor de dos delitos de violación imponiéndosele una pena de 18 años de prisión por cada uno de ellos con el límite de 30 años. Dicha sentencia fue revisada por el TS en sentencia de 16-7-2009 (…) con base a que nuevas pruebas de ADN, por el avance de la técnica, habían permitido concluir que los restos biológicos de tales violaciones no pertenecían al Sr. Juan (…).

La parte actora entiende que la indemnización reconocida en vía administrativa no tiene en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en el caso (…) Por ello entiende que ha de partirse de un módulo diario de 133,33 €/día y aplicando un ponderado criterio de progresividad la cantidad a indemnizar por este concepto sería de 8.000.000 de €. Igualmente se solicitan 2.000.000 € por las secuelas físicas y psíquicas que sufre tras tantos años de encarcelamiento.

En cuanto a la indemnización por los daños morales y de diversa índole que implican la prisión en sí misma considerada y la posterior situación de provisionalidad en la libertad hasta que se resolvió la revisión penal, teniendo en cuenta su duración, la naturaleza infamante de los delitos objeto de condena, el que el Sr. Juan cuando ingresa en prisión tiene unas relaciones familiares

claramente desestructuradas, (...) el que la prisión no influyó en su arraigo laboral ya que partimos de que la prisión no le supuso la pérdida de ingresos económicos (al ingresar en prisión vivía de una pequeña pensión y de lo que obtenía de "gorrilla" y de mendigar), en el caso de autos la Sala considera ponderada al caso una indemnización de 896.000 € de los cuales 280.000 corresponden a una principio de progresividad para atender a compensar el mantenimiento en el tiempo de la privación de libertad, aspecto no contemplado en la resolución recurrida (...)
[E]stamos ante una persona que de partida, antes de su ingreso en prisión, presenta graves déficits intelectivos (analfabeto y "border line"), que por diversos factores posteriores, entre ellos la hepatopatología, su depresión y su larga adicción a alcohol y drogas, hoy en día, su estado psiquiátrico responde a una edad mental de 8 años, prácticamente una demencia.

[G]ran parte de la patología psicológica/psiquiátrica que presenta en la actualidad el recurrente tiene su origen en causas extrañas al hecho mismo de la prisión y de la condena errónea, pero no puede desconocerse la existencia de una influencia negativa (...) resultante de la traumática situación que supone el verse cumpliendo una pena por delito no cometido. Por ello entiende la Sala que la indemnización debe ser incrementada por este concepto en 104.000 € (resultando un total de 1 millón de euros)".

Un millón de euros por 12 años y 8 meses de prisión equivalen, en una primera aproximación muy burda pues no tiene en cuenta ni siquiera un tipo de interés razonablemente aplicable, a poco más de unos 80.000 euros por año. ¿Es adecuada esta indemnización? ¿Lo es normativamente o empíricamente? Nótese que la sentencia se refiere pormenorizadamente a la personalidad del reclamante y a sus capacidades para actuar afectivamente y profesionalmente en la comunidad. ¿Sería razonable en la línea de las tendencias a baremar las indemnizaciones, tener en cuenta la renta per cápita de los ciudadanos de este país? Nótese al respecto que los seres humanos trabajan normalmente las dos terceras partes de los días del año y en cambio la privación de libertad se prolonga cada día con sus noches durante el tiempo en que efectivamente ha tenido lugar. ¿Cabría diferenciar, como hace la sentencia, los casos según las circunstancias personales de cada víctima? Si así fuera, habría que tener en cuenta las circunstancias personales y familiares, por ejemplo, si la víctima tenía o no familia y, por supuesto, sus ingresos históricos y los perjuicios asociados a la cesación de su profesión y oficio, así como su edad y otras. Luego, ¿tiene sentido, como apunta la sentencia, considerar que los daños son exponenciales y que se incrementan más proporcionalmente en función del tiempo de privación de libertad? ¿Constituye un límite a la cuantía indemnizable el importe generalmente aceptado para la indemnización por muerte?

- **Presunción de daño moral: art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen:**

  "(…) Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".

- **SAP Cádiz, Secc. 2ª, Civil, 336/2009, de 17 de noviembre, MP: Antonio Marín Fernández**

El 15 de noviembre de 2008, el diario "El País" publicó un reportaje sobre el problema del narcotráfico en Sanlúcar de Barrameda, en el que tildaba al demandante, Alberto, de narcotraficante: "Apodos como Orejas, su hijo Perico , Pulpo o Palillo son narcos conocidos que invierten sus beneficios en negocios lucrativos". En el año 2002 el mismo periódico había sido condenado civilmente por publicar un reportaje sobre el mismo tema: "Esa realidad es que el narcotráfico forma parte de la vida cotidiana del pueblo. Todo se sabe. ¿No hizo " Pulpo " de Rey Mago en la cabalgata? Y " Pulpo " es un narco".

Alberto demandó al periodista autor del reportaje y a la sociedad editora de El País, y solicitó la condena solidaria de ambos al pago de 150.000 euros en concepto de daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Sanlúcar de Barrameda estimó en parte la demanda y condenó a los codemandados al pago de 10.000 euros. La Audiencia Provincial de Cádiz estimó en parte el recurso de apelación del demandante y aumentó la indemnización a 30.000 euros:

"[E]s claro que atribuir a alguien la condición delictiva de narcotraficante es expresión que desacredita, menosprecia y afrenta al actor (…) Convendrá también indicar que la reiteración en la conducta, la hace más grave. No es cierto que la rectificación provocada en el litigio anterior y la indemnización concedida al Sr. Andrés salde para siempre cualquier otra vulneración a su derecho al honor. Lejos de convertirse aquella condena en una patente de corso para el periódico y para sus periodistas, les coloca en una posición de garantía respecto de futuros tratamientos periodísticos de la misma noticia. Se alega que todo se ha debido a un error, y efectivamente así ha de haber sido. Pero creemos que tal error es inexcusable a la vista de la condena previa, de tal forma que lo único que provoca es la exigencia de un plus de responsabilidad ante la reiteración en el ilícito dos veces cometido" (FD. 2º).

El Tribunal aplica una vieja y buena doctrina en cuya virtud cada nueva publicación del enunciado difamatorio es a su vez una nueva difamación. Afirma, a continuación, que la circunstancia de que la demandada hubiera habido de rectificar anteriormente una primera información de contenido similar y referida al demandante sitúa a la demandada misma en posición de garante, lo cual quiere decir, probablemente, que ya está sobre aviso y que debería de haber extremado su diligencia en el caso que dio lugar a la segunda condena. El error es menos excusable la segunda vez. ¿Qué factor resulta determinante para la fijación de la indemnización, la mayor inexcusabilidad del error o la entidad del daño presuntamente causado? ¿Podría haber mediado una consideración de daños punitivos? ¿O es más claro el daño u ofensa al honor del demandante cuando el demandado insiste en reiterar el enunciado difamatario?

- ***Walters v. Hitchcock* [237 Kan. 31, 697 P.2d 847 (1985)]**

McFARLAND, Justice. This is a medical malpractice action wherein plaintiff Lillian K. Walters received a $2,000,000 damage award against defendant C. Thomas Hitchcock, M.D. The defendant physician appeals from the jury's verdict and certain pretrial and post-trial rulings of the district court.

The facts may be summarized as follows. In December 1979, a lump on the neck of Lillian Walters was discovered by her family physician. Mrs. Walters was, at the time, approximately 32 years of age, married, with four minor children. She was not employed outside the home. The family

physician conducted a number of tests and advised her to consult with a surgeon. Mrs. Walters was seen by defendant Hitchcock, a surgeon, on January 7, 1980. As a result of the prior testing and his physical examination of her, Dr. Hitchcock recommended surgical removal of diseased areas of the thyroid gland. There were indications of a possibly malignant condition. Surgery was scheduled for January 22, 1980. Mrs. Walters was advised the operation was a relatively low risk procedure with an anticipated three-day hospital stay and a small residual scar.

The operation proceeded in what appeared at the time to be a routine manner. Specimens were sent to the pathology laboratory and no malignancy was detected. The patient was sutured and sent to the recovery room. One day later Mrs. Walters' condition rapidly deteriorated. Her head ballooned in size, she became blind and suffered extreme respiratory distress. She was taken to the intensive care unit where a breathing tube was inserted. Shortly thereafter, Dr. Hitchcock was advised by the hospital pathology department that a one inch by one and one-half inch piece of esophagus tissue was connected to the thyroid specimen sent to the laboratory during surgery. Mrs. Walters' wound was now badly infected. She was taken to surgery. Dr. Hitchcock reopened the wound and observed a significant hole in the left front portion of her esophagus. He concluded that repair was not possible and sewed the esophagus shut-thereby closing it permanently.

At this point feeding was possible only through a tube inserted directly into Mrs. Walters' stomach (...) Ultimately, colon interposition surgery was performed which involved making a sort of bypass esophagus from a portion of Mrs. Walters' colon (...)

Mrs. Walters brought this action against Dr. Hitchcock based upon negligence in cutting into the esophagus and in failing to make prompt repair thereof. She sought $4,000,000 in damages. Dr. Hitchcock denied negligence and blamed the injury to the esophagus on the abnormal physiology of Mrs. Walters. The jury awarded Mrs. Walters $2,000,000 in damages and Dr. Hitchcock appeals therefrom (…).

The evidence herein bears out that medical science has done all that it can do to alleviate plaintiff's condition and no further surgery is contemplated, although the same is not ruled out. This does not mean the damage done to Mrs. Walters has been undone and that she has been restored to her previous condition. It simply means her condition cannot be helped by further surgery or treatment. The substitute esophagus fashioned from a part of Mrs. Walters' colon is, apparently, functioning as well as can be expected but that level of function is a source of permanent problems for Mrs. Walters. When she swallows, food does not automatically go to her stomach. It piles up in grotesque bulges in her throat and upper chest. It is necessary for her to manually massage the bulges downward to force the food to her stomach. The process is physically painful. As there is no valve to keep the contents of her stomach from traveling back up the makeshift esophagus, she cannot lie flat and must remain in a position where gravity will keep the contents of her stomach in place. Her condition is embarrassing, distasteful to persons around her, and a major obstacle to leading a normal life. She has serious ongoing digestive problems. At the time of trial her life expectancy was 41.9 years. The years between Mrs. Walters' injury and attainment of her present level of functioning were a nightmare of pain, disability, hospitalizations and surgical procedures. She has severe disfiguring scars on her neck and torso. Many activities, such as eating and sitting, continue to be painful.

After having reviewed the record, we conclude our collective conscience are not shocked by the size of the verdict herein. The judgment is affirmed.

SCHROEDER, Chief Justice, dissenting. The magnitude of the verdict in this case is the result of trial error and what purports to be misconduct of the jurors (...)

By reason of the (...) trial court errors and speculation on the part of the jurors, the magnitude of the verdict in this case demonstrates *prejudice on its face*. In light of evidence, it shocks my conscience.

The plaintiff, Lillian K. Walters, at the time of trial had a life expectancy of 41.9 years. Her medical bills at the time of trial were approximately $59,000. She made no claim for lost-earning capacity, or diminished earning capacity; no evidence of future surgery or medical expenses was presented. The $2 million verdict included $1,940,000 in the general damage categories.

On an annual basis this gives the plaintiff the principal sum of $47,733 per year for the rest of her life. Assuming one-half of the damage award is paid on expenses and attorney fees, the remaining $1 million invested at 10% simple interest (present interest rates compounded quarterly on money invested in C.D.'s will exceed 10%), payable annually, will provide an annual income of $100,000 without invading the principal sum invested (…).

In my opinion, courts of last resort must exercise a degree of economic judgment to provide stability in our free enterprise system if justice is to be administered fairly and within reason (...).

It is respectfully submitted this court should reverse the trial court and grant a new trial on the ground of misconduct of counsel for the plaintiff in closing argument and, failing this, that the court should remand the case for a hearing on the motion for new trial concerning the charge of misconduct on the part of the jury in fixing the damage award".

La indemnización concedida en este caso superaba la renta per cápita media en los Estados Unidos en 1985, que era de unos 26.000 dólares (http://www.demographia.com/db-pc1929.pdf; http://www2.census.gov/prod2/popscan/p60-156.pdf). Pero la magnitud de la primera es característica en aquella jurisdicción de las reacciones de un jurado ante la causación gravemente negligente de daños personales irreversibles y que trastocan para siempre la vida de la víctima y de su familia convirtiéndola en un sufrimiento continuado. Asumiendo que todo el oro del mundo no puede resituar a la víctima en su función originaria de utilidad, es decir, en su situación anterior al accidente, ¿qué sentido tiene pagarle una indemnización muy elevada? Todavía hoy hay quien opina que los daños morales no deberían ser indemnizables pero ¿tiene semejante opinión un fundamento empírico en encuestas realizadas a las víctimas del daño? Aún asumiendo también que el daño moral no suele ser asegurado tenemos la certeza razonable de que las víctimas potenciales prefieren una regulación sancionatoria a otra con resultados equivalentes pero obtenidos con la obligación de indemnizar a las víctimas mismas? ¿Vale la anterior consideración para los casos en los cuales el accidente es mortal?

5.2. Pérdida de ingresos y de la capacidad de generarlos *(Lost Earning, Impairment of Earning Capacity)*

a) STS, 1ª, 842/2009, de 5 de enero de 2010, MP: Francisco Marín Castán.

En el caso, la señora Loles León, una reputada actriz de cine, entró acompañada por el también actor Jeremy Irons, en una suite de dos pisos en el hotel Santo Mauro de Madrid. La habitación se encontraba a a oscuras porque el alumbrado de emergencia no funcionaba. La actora cayó por la escalera y sufrió fractura de pelvis y de la muñeca derecha.

La actora reclamó a la propietaria del hotel, Anca Hoteles, S.L., y al director del hotel Santo Mauro 551.377 euros.

JPI núm. 11 de Madrid (11.7.2002) desestimó la demanda. La AP estimó en parte el recurso de apelación de la actora, estimó en parte la demanda, condenó a Anca Hoteles, S.L. a pagar 41.226,852 euros y absolvió al director del hotel. La AP apreció concurrencia de culpas, en un 75% para la actora y en un 25% para la entidad demandada, pero rechazó parte de su reclamación por lucro cesante (12.260,64 euros) por considerar que se basaba en la remuneración que hubiera obtenido de haber cumplido dos contratos a la vez.

La actora interpuso recurso de casación contra la SAP y alegó, entre otros motivos, infracción del art. 1902 y 1106 CC por no haber incluido el importe del lucro cesante probado por la actora. El Tribunal Supremo estimó este motivo del recurso e incrementó la indemnización debida por el demandado en 3.065,16 euros, equivalente al 25% de la ganancia alegada por la actora:

"[U]na interpretación de los arts. 1902 y 1106 CC acorde con la realidad social no autoriza un criterio tan rígido que por la mera coincidencia temporal parcial de dos contratos de una misma actriz para aparecer en dos películas diferentes, aunque una se ruede en España y la otra en Australia, quede descartado su trabajo en una de ellas, pues no sólo el tiempo requerido por la productora australiana se limitaba a dos semanas de rodaje y una de ensayo sino que, además, la experiencia enseña que los actores suelen esforzarse al máximo por aprovechar las épocas en que les ofrecen papeles, dado su siempre incierto futuro profesional, y en la actualidad es habitual la participación simultánea en películas y series de televisión, incluso en lugares distantes entre sí, gracias a la facilidad y rapidez de desplazamiento que brindan los modernos medios de transporte" (FD. 10º).

b) La apreciación del lucro cesante en el caso de víctimas menores de edad

- **STS, 1ª, 237/2011, de 13 de abril, MP: Francisco Marín Castán.**

La actora, una escolar de 15 años de edad resultó gravemente herida cuando un árbol cayó sobre ella en el recinto de su colegio. La actora demandó a Residencia Hispano Alemana para Alumnos S.A., la Asociación Patronato del Colegio Alemán y la entidad aseguradora Liberty Seguros, y solicita una indemnización de 3.758.989,40 €.

El JPI núm. 1 de Marbella (10.10.2006) estimó en parte la demanda y condenó a Residencia Hispano Alemana para Alumnos S.A. y Asociación Patronato del Colegio Alemán al pago de 626.035,22 €. La AP de Málaga (Sección 6ª, 6.6.2007) estima en parte el recurso de apelación presentado por las demandadas y redujo la indemnización a 230.419,49 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Rita:

"Sin embargo el planteamiento global del motivo impide aplicar [la doctrina de esta Sala desde la STS, 1ª, 25.3.2010], en favor de la recurrente, pues su fundamento principal parece ser la "notoria desproporción" entre la cantidad de 68.651,45 euros establecida por la sentencia impugnada como factor de corrección por la incapacidad por invalidez permanente y la "renta vitalicia" de 1.842.517,40 euros pedida en la demanda por lucro cesante, siendo así que lo determinante para la referida doctrina de esta Sala no es, desde luego, la diferencia entre lo pedido en la demanda y la cantidad resultante de una aplicación del sistema en su interpretación estrictamente literal. De ahí que tampoco en el motivo se aluda a informe actuarial alguno, elemento probatorio normalmente tenido en cuenta para poder aplicar la referida doctrina al caso concreto, y sí únicamente, solo al final del alegato del motivo, a informes del Instituto Nacional de Estadística sobre ingresos familiares medios y esperanza de vida de la mujer en Andalucía de todo punto insuficientes para la aplicación de los elementos correctores de que se trata, toda vez que han de fundarse en circunstancias excepcionales".

Como resulta de la contrastación de este caso con el anteriormente considerado y con el análisis allí realizado, el Tribunal Supremo considera que la ganancia esperada de una víctima menor de edad de un accidente de circulación es demasiado especulativa como para justificar una indemnización como la establecida por la ley del baremo. Pero la anterior no es una doctrina autoevidente. El seis veces campeón del mundo de motociclismo, Marc Márquez, nacido en Cervera el 17 de febrero de 1993, ya había conseguido su primer campeonato del mundo con 17 años de edad. En el caso de que hubiera sufrido un accidente de tráfico o de otra naturaleza antes de haber cumplido la edad de dieciocho años, ¿cabría justificar una salvedad para aquellos casos en los cuales la precocidad es esencial para el aprendizaje u dominio del oficio de que se trate (intérpretes, músicos, matemáticos, jugadores de ajedrez, algunos deportistas)? En el límite, ¿qué ocurriría en el caso de un actor infantil (Pablito Calvo, Isaac Hempstead-Wright)? ¿Debería ser el criterio en derecho el de la probabilidad razonable de obtener ingresos futuros o de hacerlo al menos durante un período de tiempo posterior al del accidente? En otro orden de ideas, supóngase el caso de dos hermanos gemelos, uno de los cuales dedica 10 años de su vida a adquirir y explotar con mucho éxito un establecimiento hotelero de su propiedad, mientras que el otro sigue estudios universitarios y desarrolla una carrera muy prometedora como consultor internacional. El día en el que ambos cumplen 10 años de actividad profesional un accidente grave provoca el incendio y destrucción del hotel y graves heridas en el hermano consultor quien queda incapacitado para trabajar en el futuro. El primero será indemnizado por la integridad de los daños sufridos en su propiedad mientras que el segundo verá con toda probabilidad muy limitada la indemnización por su pérdida de capital humano.

5.3. Infracción de consentimiento informado

STS, 1ª, 323/2011, de 13 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana.

En fecha indeterminada, Celia consintió someterse a una intervención quirúrgica consistente en una menisectomía artroscópica para la que solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, ASISA. No obstante, en quirófano, el cirujano comprobó que la operación programada era innecesaria porque el menisco no estaba afectado, decidió cambiar el tratamiento quirúrgico en quirófano, seccionó y extrajo la plica medial, y liberó el alerón o

retináculo rotuliano externo, operación para la cual la paciente no había prestado ningún consentimiento.

Celia demanda a Felicísimo y a Agrupación Mutual Aseguradora (A.M.A), y solicita una indemnización de 180.000 €

El JPI núm. 2 de Madrid (21.10.2005) desestima la demanda. La AP de Madrid (Sección 12ª, 7.11.2007) desestima el recurso de apelación.

El Tribunal Supremo revocó la SAP desestimatoria de la demanda porque consideró que, aun cuando la intervención que se llevó a cabo fue correcta y no resultó ninguna secuela física, existía un daño indemnizable derivado del incumplimiento del profesional: "[e]l consentimiento previo de la paciente lo había dado para una intervención clínica distinta (…) de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo que pudiera justificarla. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía. La falta de información configura en este caso un daño moral grave. (...) Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad" (FD. 2º).

El Tribunal Supremo asumió la instancia y cuantificó el daño en 30.000 euros "teniendo en cuenta la intervención médica realizada, de menor entidad que la que había sido proyectada inicialmente, así como [que la intervención] tampoco puso fin a sus dolencias" (arts. 1902 CC, 10.5 Ley General de Sanidad, FD. 3º).

Los arts. 1261 y 1262 CC incluyen la exigencia connatural al concepto de contrato de que el consentimiento se proyecte sobre su objeto. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica –en adelante, Ley 41/2002- refuerza la exigencia general del Código Civil por razones derivadas de la asimetría de información que caracteriza la relación médico-paciente, por la trascendencia de las relaciones médicas, sobre todo si el tratamiento es agresivo, y en este último caso, exige que el consentimiento y la información suficientes sobre los riesgos y características de la intervención se presenten por escrito (arts. 8.2 y 8.3 Ley 41/2002). Esta ley especial regula los sujetos, la capacidad necesaria para consentir, el contenido básico de la información relevante, así como las excepciones tanto a la necesidad de obtener el consentimiento del paciente como de informarle.

Dos cuestiones complejas y no siempre bien abordadas por la jurisprudencia y la doctrina españolas son, en primer lugar, las relativas a la información sobre las consecuencias y, en particular, los efectos adversos del tratamiento de la intervención y su grado de probabilidad. ¿Debe el médico informar sobre efectos adversos que se producen en 1/1.000.000 de casos, en 1/1.000, en 1/100? En la jurisprudencia española, es frecuente que el Tribunal Supremo sostenga que la información deba proporcionarse incluso si el efecto es rarísimo en los tratamientos médicos voluntarios, mientras que es más flexible en los tratamientos necesarios **(STS, 1ª, 1/2011, de 20 de enero, MP: José Antonio Seijas Quintana).** En segundo lugar, el art. 5.4 Ley

41/2002 establece que el médico puede obviar la información si cree que puede resultar contraproducente para la salud del paciente (sin perjuicio de que se informe a los familiares) y una práctica social inveterada y notoria en nuestra cultura conduce a que muchos, por no decir la mayoría, de los pacientes afectados por enfermedades graves o terminales ignoren su condición, incluso cuando van a ser objeto de intervenciones de mucha entidad. La cuestión potencial parecería ser grave pero lo cierto es que la jurisprudencia no da razón de conflictos en los cuales la cuestión se haya planteado.

El manual, clásico y de referencia en esta materia, es el de Julio César GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 7ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2020.

5.4. Nacimiento indebido (Wrongful Conception, Wrongful Birth, Wrongful Life)

En la cultura del *Common Law* suele distinguirse entre *Wrongful Conception, Wrongful Birth, Wrongful Life* En el primer grupo de supuestos, la reclamación se interpone por el hecho mismo del embarazo, normalmente cuando el hombre o la mujer se habían sometido a una intervención fallida de esterilización y el actor reclama al médico que la practicó. En el segundo, el médico no advirtió a la gestante sobre malformaciones congénitas del feto y se la privó de la posibilidad de decidir abortar. En el tercero, es el niño mismo, víctima de una invalidez, quien reclama contra sus padres o contra el médico por no haber impedido que llegara al mundo o, más sencillamente, porque la vida de una persona disminuida es mucho más difícil y costosa que la de otra que no lo es.

Las cuestiones relacionadas con los tres supuestos están en el centro de uno de los debates culturales, morales, económicos y sociales más enconados del último medio siglo y empiezan por la traducción misma de las expresiones en inglés: "wrongful", significa "injusto", "indebido", pero los autores de habla española hacen equilibrios para evitar hablar de "nacimiento indebido" o de "vida injusta" -se usan expresiones tales como "nacimiento indeseado", por ejemplo. La incomodidad es explicable, pero el eufemismo, al fin frustrado, es acaso peor.

a) *Wrongful Conception*

El grupo de casos más sencillo de resolver es el primero, el de concepción indebida por evitable (*Wrongful Conception*), realmente querida evitar, pero finalmente acaecida. El fracaso de la medida anticonceptiva, más o menos drástica, adoptada (dispositivo intrauterino, vasectomía, ligadura de trompas) por sí sólo no da lugar a responsabilidad civil del médico o del centro sanitario siempre que el paciente haya sido previamente informado de las posibilidades de fracaso de la intervención **(SSTS, 1ª; 447/2001, de 11 de mayo, MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez -vasectomía-, 3ª, de 3 de octubre de 2000 (RJ 7799), MP: Juan Antonio Xiol Ríos -vasectomía-).** Los casos de responsabilidad civil suelen fundamentarse o bien en la práctica negligente de la intervención **(STS, 1ª, de 10 de octubre de 1995 (RJ 7403), MP: Antonio Gullón Ballesteros -ligadura de trompas-; STS, 1ª, 531/1998, de 5 de junio, MP: Antonio Gullón Ballesteros -ligadura de trompas-),** o bien en el carácter defectuoso del producto sanitario utilizado (**STS, 1ª, 766/1999, de 24 de septiembre, MP: Alfonso Villagómez Rodil -dispositivo intrauterino defectuoso-).**

STS, 1ª, 531/1998, de 5 de junio, MP: Antonio Gullón Ballesteros.

"Doña Petra P. V., por sí y en representación de la comunidad conyugal formada con su esposo, demandó a los médicos especialistas del Servicio de Ginecología del Hospital Provincial de Zamora, a don Jesús F. R. y a don Carlos Ernesto G. G. solicitando fueran condenados al pago de una indemnización de quince millones de pesetas más intereses legales y costas. La *causa petendi* residía en una incorrecta operación de ligadura de trompas a la que se sometió para evitar la concepción, pues quedó embarazada y dio a luz a dos niñas gemelas.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó la demanda en lo que respecta a don Jesús F. R., que fue condenado a indemnizar a la actora en la suma de [90151,9 euros] (...), absolviendo al resto de los demandados. En grado de apelación, la Audiencia confirmó esa absolución, pero revocó la condena impuesta al señor F. R., al cual absolvió (...)

Contra la sentencia de la Audiencia la actora interpuso recurso de casación (...)

[L]a apreciación de las pruebas, detallada y minuciosa en la sentencia de primera instancia que es revocada por la Audiencia, es acertada; la recurrente quería la operación de ligadura de trompas, seguramente no se le ligó más que la derecha, porque se estimó que ello era suficiente por creer que no tenía ovario ni resto mínimo del mismo en el lado izquierdo como consecuencia de [una] operación anterior a la que ahora se considera, siendo así que en el informe pericial se dice que "se conserva la trompa y una parte del ovario" (...) El error de la Audiencia ha sido estimar como intocable lo que se dice en la historia clínica (...)

En consecuencia los motivos se estiman, dando lugar a la anulación y casación de la sentencia (...) La sentencia de primera instancia incluye entre los conceptos indemnizables el daño moral a la actora, producido, dice, por los embarazos no deseados. No puede esta Sala compartir tal punto de vista, porque la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, ni siquiera cuando, como ocurre en el presente caso, los nacidos carecen de tara o enfermedad que pudiera servir de excusa para sostener lo contrario de lo anteriormente afirmado. Otra cosa es que el patrimonio de los progenitores tenga que afrontar mayores gastos o dejar de obtener ingresos por la suspensión o abandono del trabajo ante la contingencia inesperada del embarazo y parto, y en este sentido es admisible una compensación económica, que se fija aquí, por las circunstancias que denotan la poca prueba practicada, en [48.080,96 euros] (...)

b) *Wrongful Birth*

El segundo grupo de casos, el de nacimiento indebido (*Wrongful Birth*), por hipotéticamente no querido, es más complejo. En la actualidad, la responsabilidad del médico en los casos de nacimientos de niños con malformaciones o anomalías congénitas no detectadas durante el embarazo (*Wrongful Birth*) suele fundamentarse en el diagnóstico incorrecto sobre la condición del feto, con la consiguiente privación a la mujer de la posibilidad de decidir sobre la continuación del embarazo cuando su interrupción, dado el caso, era legalmente posible. La indemnización suele comprender dos partidas: el daño moral asociado a tal privación y las consecuencias económicas asociadas a la anomalía, esto es, los sobrecostes derivados de tratar, mantener o educar especialmente a un niño diferente, por su invalidez física, su disminución psíquica o por ambas (**SSTS, 1ª, 1002/2005, de 21 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana;**

669/2010, de 4 de noviembre, MP: José Antonio Seijas Quintana; 3ª, de 21 de febrero de 2006 (RJ 1046), MP: Octavio Juan Herrero Pina. Algunos tribunales, sin embargo, rechazan la indemnización por el daño patrimonial (**STS, 1ª, 344/2011, de 31 de mayo, MP: José Antonio Seijas Quintana)**. Una cuestión de fondo es que, en nuestro país, no todos los niños con las mismas dificultades son asistidos médica, social y económicamente, del mismo modo, sino que la responsabilidad civil, por hipótesis, solo indemniza los casos de nacimiento o de vida indebidos y litigados. Esto es paradójico: una gestante que es informada de que el hijo que ha concebido padece de una condición relevante según la legislación en materia de interrupción legal del embarazo no obtiene lo mismo que otra gestante que no es informada, pero que luego reclama y obtiene una indemnización por responsabilidad civil.

Así, la jurisprudencia manifiesta una incomodidad obvia, pues la sombra del nihilismo se proyecta sobre las decisiones judiciales: ningún tribunal tiene ningún género de problemas a la hora de indemnizar cualesquiera lesiones físicas o psíquicas permanentes causadas a una persona, entre otras cosas, porque el término de comparación es la condición de la víctima antes de sufrir la lesión de que se trate. Pero el drama ineludible del aborto es que el término de comparación es el vacío insondable de la inexistencia misma. Con todo, piénsese en lo que ocurre con la (mayor) indemnización de lesiones muy gravemente invalidantes comparada con las (normalmente menores) indemnizaciones por causa de muerte: la asistencia al paciente puede implicar costes mucho más elevados que el importe usualmente concedido por indemnización por causa de muerte.

STS, 1ª, de 14 de marzo de 2013 (RJ 2422), MP: José Antonio Seijas Quintana.

En el caso, a la actora, embarazada desde diciembre de 1987, le fueron practicadas tres ecografías en la consulta médica privada de su ginecólogo (en las semanas treinta y uno, treinta y cinco y treinta y nueve del embarazo), aunque de ninguna de ellas quedó constancia en la historia clínica. El parto se produjo el 29.7.1988 y nació una niña sin manos ni antebrazos. La actora demandó al ginecólogo y a su aseguradora, General Española de Seguros, S.A, por responsabilidad civil en reclamación de una indemnización de 300.506 euros. Desestimada la demanda en las dos instancias, el Tribunal Supremo estimó el recurso de la actora, apreció una indebida denegación de la prueba en segunda instancia consistente en un requerimiento al demandado para que aportara el historial médico y las ecografías realizadas y ordenó reponer las actuaciones al momento en que se había denegado la prueba en segunda instancia. La AP Las Palmas (17.5.2010) dictó una segunda sentencia en cuya virtud condenó a los demandados al pago de 300.506,05 euros en concepto de daño moral y económico, resolución luego confirmada por el TS:

"[H]ay indicios cualificados por anormales en el cumplimiento de los deberes médicos para emitir su diagnóstico (...). [R]esulta contrario a la lógica, con las circunstancias concurrentes, no visualizar en las tres últimas ecografías (sobre todo en las dos últimas muy próximas al final de la gestación) anomalías físicas como las del presente caso (...). El daño que fundamenta la responsabilidad existe. Estamos ante una indebida gestión médica del embarazo que impidió detectar a tiempo las malformaciones y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial. El daño, dice la STS 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4000) , "es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva

derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad" (FF.DD. 5º y 6º).

Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Ariadna AGUILERA LLULL, Rosa MILÀ RAFEL, Laura ALLUEVA AZNAR, Sergi MORALES MARTÍNEZ, "Anómalos", *InDret* 4/2013, http://www.indret.com/ca/?ed=61

c) *Wrongful Life*

El tercer grupo de casos incluye las acciones de los hijos que han nacido con malformaciones no detectadas durante el embarazo (*Wrongful Life*) contra sus padres por no haber impedido que llegara al mundo o contra el médico que erró en el diagnóstico por los daños morales y los gastos asociados a las malformaciones.

Las SSTS, 1ª, 669/2010, de 4 de noviembre, MP: José Antonio Seijas Quintana ; 837/2007, de 6 de julio de 2007, MP: José Antonio Seijas Quintana, y 1197/2007, de 23 de noviembre, MP: Encarnación Roca Trías, rechazan expresamente la demanda de la madre o los padres en nombre de sus hijos. En concreto, el TS establece en los dos últimos casos, sobre nacimientos de niños con síndrome de Down:

"[Cabe] mantener el criterio indemnizatorio de la primera instancia, si bien con exclusión del hijo menor, en cuyo nombre también actúan los recurrentes, por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a los padres" (FD. 4º **STS, 1ª, 837/2007, 6 de julio, MP: José Antonio Seijas Quintana**).

"1º El daño ocasionado por [la] falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones.
2º Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998 (RJ 1998, 4275), que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (así mismo STS de 19 junio 2007 [RJ 2007, 5572])" (FD. 4º **STS, 1ª, 1197/2007, de 23 de noviembre, MP: Encarnación Roca Trías**).

La **STS, 3ª, de 16 de junio de 2010 (RJ 5716), MP: Segundo Menéndez Pérez,** resuelve otro caso en el que la actora dio a luz a un niño con Síndrome de Down después de haberse sometido a la prueba de la amniocentesis y de haber sido informada erróneamente que el resultado de la prueba era normal. El TS confirma la STSJ Comunidad Valenciana en la que se condenaba a la Generalitat Valenciana a pagar al menor una pensión vitalicia mensual de 1.500 euros, revalorizables de acuerdo con el IPC, en concepto del daño económico asociado a las necesidades de cuidado y atención. Además, la STSJ condenaba a la Generalidad Valenciana a pagar a cada uno de los padres 75.000 euros en concepto de daño moral.

La **STS, 1ª, 479/2015, de 15 de septiembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**, confirma la SAP que había indemnizado con 1.200.000 euros a unos padres por el nacimiento de un hijo con

graves malformaciones no detectadas durante el embarazo. El hijo había nacido con síndrome de Moebius (parálisis facial), carencia de ambas manos, pies zambos, macrognatia (crecimiento excesivo de la mandíbula), microglosia (lengua pequeña), siringomielia (acumulación de líquido en la médula espinal) y síndrome de Wolf-Parkinson-White (anomalía cardíaca), con gastromía y traqueotomía. Los padres reclamaron 1.200.000 euros por error de diagnóstico gestacional y privación de la opción de interrumpir el embarazo. La indemnización concedida por la AP incluía una partida de 240.000 euros por "el dolor del propio hijo que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida". La compañía aseguradora demandada A.M.A., que cubría la responsabilidad civil del ginecólogo de la actora, recurrió en casación y alegó que la sentencia de instancia indemnizaba al menor "por el padecimiento que le supone la vida, sin que en nuestro ordenamiento jurídico sea posible imputar al médico los daños sufridos por las malformaciones no diagnosticadas, siendo titular de la facultad de acudir al aborto eugenésico la gestante". El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación: "Es cierto (…) que la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2007 descarta la viabilidad de la acción conocida como wrongful life (…) Ahora bien, en la demanda no ha sido ejercitada esta acción y la sentencia estima la acción entablada exclusivamente por los padres y a ellos solos indemniza como consecuencia del daño ocasionado, en la que incluye el dolor que sufren como propio por el estado de su hijo, sin que la sentencia haya sido tachada formalmente de incongruente con las peticiones de las partes".

- Material complementario: Turpin v. Sortini, 31 Cal.3d 220, 643 P.2d 954, 182 Cal.Rptr. 337 (1982)

KAUS, J. This case presents the question of whether a child born with an hereditary affliction may maintain a tort action against a medical care provider who -before the child's conception- negligently failed to advise the child's parents of the possibility of the hereditary condition, depriving them of the opportunity to choose not to conceive the child. Although the overwhelming majority of decisions in other jurisdictions recognize the right of *the parents* to maintain an action under these circumstances, the out-of-state cases have uniformly denied *the child's* right to bring what has been commonly termed a "wrongful life" action. In *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal.App.3d 811 [165 Cal.Rptr. 477], however, the Court of Appeal concluded that under California Common Law tort principles, an afflicted child could maintain such an action and could "recover damages for the pain and suffering to be endured during the limited life span available to such a child and any special pecuniary loss resulting from the impaired condition" (*id*., at p. 831), including the costs of medical care to the extent such costs were not recovered by the child's parents. In the case at bar, a different panel of the Court of Appeal disagreed with the conclusion in *Curlender* and affirmed a trial court judgment dismissing the child's cause of action on demurrer. We granted a hearing to resolve the conflict.

[The Turpins, husband and wife, brought suit on behalf of themselves and their two children against their physician and a hospital for negligence for failing to inform them that their offspring would very likely be totally deaf. Subsequent to this alleged negligence, a daughter, Joy, was conceived and was born totally deaf. Four causes of action were alleged. The only one involved in this appeal was brought on behalf of Joy, who sought damages for being "deprived of the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being without total deafness," and for expenses for "specialized teaching, training and hearing equipment."] (Henderson, Pearson, Kysar, Siliciano, The Torts Process, 7th ed., Aspen Publishers, New York, 2007, p. 339) (...)

The basic fallacy of the *Curlender* analysis is that it ignores the essential nature of the defendants' alleged wrong and obscures a critical difference between wrongful life actions and the ordinary prenatal injury cases noted above (...). [T]he obvious tragic fact is that plaintiff never had a chance "to be born as a whole, functional human being without total deafness"; if defendants had performed their jobs properly, she would not have been born with hearing intact, but - according to the complaint - would not have been born at all (...)

Given this view of the relevant injury which the plaintiff has sustained at the defendant's hands, some courts have concluded that the plaintiff has suffered no legally cognizable injury on the ground that considerations of public policy dictate a conclusion that life - even with the most severe of impairments -is, as a matter of law, always preferable to nonlife. The decisions frequently suggest that a contrary conclusion would "disavow" the sanctity and value of less-than-perfect human life (...)

[W]e question whether these considerations alone provide a sound basis for rejecting the child's tort action. To begin with, it is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would "disavow" the value of life or in any way suggest that the child is not entitled to the full measure of legal and nonlegal rights and privileges accorded to all members of society.

Moreover, while our society and our legal system unquestionably place the highest value on all human life, we do not think that it is accurate to suggest that this state's public policy establishes -as a matter of law- that under all circumstances "impaired life" is "preferable" to "nonlife." (...)

In this case, in which the plaintiff's only affliction is deafness, it seems quite unlikely that a jury would ever conclude that life with such a condition is worse than not being born at all. (...)

[W]e believe that the out-of-state decisions are on sounder grounds in holding that -with respect to the child's claim for pain and suffering or other general damages- recovery should be denied because (1) it is simply impossible to determine in any rational or reasoned fashion whether the plaintiff has in fact suffered an injury in being born impaired rather than not being born, and (2) even if it were possible to overcome the first hurdle, it would be impossible to assess general damages in any fair, nonspeculative manner (...)

Although we have determined that the trial court properly rejected plaintiff's claim for general damages, we conclude that her claim for the "extraordinary expenses for specialized teaching, training and hearing equipment" that she will incur during her lifetime because of her deafness stands on a different footing (...)

Although the parents and child cannot, of course, both recover for the same medical expenses, we believe it would be illogical and anomalous to permit only parents, and not the child, to recover for the cost of the child's own medical care. If such a distinction were established, the afflicted child's receipt of necessary medical expenses might well depend on the wholly fortuitous circumstance of whether the parents are available to sue and recover such damages or whether the medical expenses are incurred at a time when the parents remain legally responsible for providing such care.

The judgment is reversed and the case is remanded to the trial court for further proceedings consistent with this opinion.

5.5. Daño puramente económico

STS, 3ª, de 23 de marzo de 2009 (RJ 2502), MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

En abril de 1996 se llevaron a cabo unas obras públicas de conexión de las líneas 8 y 10 del metro de Madrid, según el proyecto elaborado por la Administración y cuya ejecución había adjudicado a FCCSA y FCC. Las obras implicaron, durante un año y medio y las 24 horas del día, una excavación, a cielo abierto, en la puerta principal y a lo largo de toda la fachada del Hotel Miguel Ángel. Ello obligó al hotel a modificar los accesos, a bajar el precio del servicio y a cerrar determinadas zonas, además de soportar el despliegue de maquinaria pesada y de operarios, polvo, ruidos y vibraciones inherentes a los trabajos.

El 10.4.1997, el hotel reclamó a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid 381 millones de pesetas (unos 2 millones de euros) por la minoración de ingresos y pérdida de clientela que la ejecución de las obras había supuesto para el desarrollo del negocio.

El 11.12.1997, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió dictamen desestimando la reclamación sometida a su consulta. El 18.12.1997, la Consejería denegó la reclamación expresamente.

El Hotel interpuso recurso contencioso-administrativo. El TSJ Madrid (9.6.2004) desestimó el recurso porque consideró que el daño no era antijurídico: "Tal perjuicio salvo circunstancias concretas de agravación no excede en tales casos de las cargas generales ligadas al status jurídico de ciudadano sin resultar por ello antijurídico (...) Esto acontece en la mayoría de los casos de construcción de obras públicas" (Antecedente de Hecho 1º)

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por el hotel y, en parte, el recurso contencioso-administrativo, al limitar la cuantía indemnizatoria solicitada:

"Los trabajos por su ubicación no incidieron con la misma intensidad en otros inmuebles, negocios o actividades del entorno (...) Ni por la ubicación ni por las características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño" (FD. 2º).

En relación a la cuantía indemnizatoria, el TS rechazó el cálculo propuesto por la recurrente y determinó que se calculara en ejecución de sentencia conforme a los siguientes criterios:

"Hotel Miguel Ángel» reclama 381.376.000 pesetas (2.292.115,92 euros) con fundamento en un informe elaborado por «ECU, Auditores y Consultores, S.A.» (...). En dicho informe se opera con dos magnitudes: el lucro cesante y el daño emergente. La primera responde a la minoración de

los resultados como consecuencia de la caída de los ingresos por el efecto de las obras, mientras que la segunda consiste en la pérdida de clientela ocasionada por las mismas hasta su total recuperación, estimando la correspondiente disminución de ingresos y su impacto en los resultados (...)

Dicho estudio (...) resulta, sin embargo, inútil para el fin perseguido, que no consiste en determinar la incidencia que las obras litigiosas pueden haber tenido en la evolución de su negocio, sino en cuantificar los daños y perjuicios concretos y ciertos (...) que sean consecuencia directa e inmediata de la ejecución de los trabajos (...). Por consiguiente, debe quedar fuera del cálculo el llamado «daño emergente» (...)

Con la denominación de «lucro cesante», el dictamen incorpora la caída de los ingresos durante la ejecución de las obras, esto es, entre junio de 1996 y mayo de 1997 (en realidad comenzaron antes, en abril de 1996). Para ello, vuelve a operar con hipótesis y proyecciones (...) de escaso valor cuando se trata de escudriñar el ayer y constatar lo que ha pasado, cuantificando una lesión real y particular (...) [P]ara medir el daño (...) pueden manejarse valores reales de la propia empresa, tal cual son los declarados a efectos del impuesto sobre sociedades para los ejercicios 1995, 1996, 1997 y 1998. Bastará que, en la fase de ejecución de sentencia, partiendo de aquellos datos, se calcule la evolución que deberían haber seguido los beneficios entre junio de 1996 y mayo de 1997 (...) de no haber mediado las obras, comparándolos con los realmente obtenidos y declarados en dicho período, limitándola a los que sean imputables a las actividades desarrolladas en el hotel (...). De este modo pueden calcularse las ganancias dejadas de obtener durante el tiempo en el que las obras tuvieron lugar" (FD. 4º).

5.6. Pérdida de oportunidad *(Loss of a Chance)*

KING, *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Injuries and Future Consequences*, 90 YALE L.J. 1353 (1981)

STS, 3ª, de 27 de setiembre de 2011 (JUR 350537), MP: Antonio Martí García.

El 4.11.2004, Melchor, que contaba entonces con 58 años de edad, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital 12 de octubre (Madrid) y quedó ingresado en el Servicio de Medicina hasta el alta hospitalaria, el 24.12.2004. Durante ese tiempo, de las pruebas que se le practicaron, llamó la atención la presencia en el TAC de un nódulo parenquimatoso de contornos irregulares de 12 mm. de diámetro situado en el lóbulo inferior derecho (pulmón). El 19.4.2005, después de ser examinado en la consulta del Servicio de Neumología del mismo hospital, se apreció que la lesión pulmonar era de 18 mm. de diámetro. El 29.4.2005, se solicitó un nuevo TAC, y el 8.6.2005, se informó de la sospecha de neoplasia de pulmón, que se consideró irresecable. Se inició tratamiento de quimioterapia y, a partir del 23.9.2005, también se administró radioterapia al paciente. Melchor falleció el 27.9.2005.

El 22.9.2006, Inmaculada, la esposa del fallecido, interpone reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Madrileño de Salud solicitando una indemnización de 160.000 euros más intereses, que se desestima por silencio administrativo.

El TSJ Madrid (Sala C-A, Secc. 8ª, 31.7.2009) desestima el recurso contencioso-administrativo.

El TS estima parcialmente el recurso de casación porque "(…) atendiendo al tenor de los informes citados y anteriormente transcritos (…), [se concluye] que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración (…), pues el retraso en el diagnóstico y la realización tardía de las pruebas que hubiesen permitido una anterior confirmación del diagnóstico de presunción, supone[n] una infracción de la *lex artis* que ha generado una pérdida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros". El TS añade en relación con la indemnización que "(…) ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de Don Melchor (…) sino (…) por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del <<estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral>>, una vez acreditada <<la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm>>, unido a las especiales circunstancias del paciente, [y a] sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánicos, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano". Finalmente, el TS condena a la Administración Pública a abonar a Inmaculada la cantidad de 30.000 euros en concepto de indemnización (FD 7º).

STS, 3ª, de 26 de junio de 2008 (RJ 6525), MP: Margarita Robles Fernández.

(Pablo SALVADOR, Fernando GÓMEZ, Sonia RAMOS (Eds.), *Apéndice 2009 al Tratado de Responsabilidad civil del fabricante*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 21-23.)

En el caso aquí resuelto, la cuestión planteada era si la falta de administración de un fármaco que contrarrestaba los efectos adversos de otro distinto, pero que sólo ocurren en un 0,001% de los casos, era o no contraria a la *lex artis* de la medicina.

El Tribunal respondió afirmativamente a la cuestión, en el marco de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es decir, en el de una regla de responsabilidad objetiva. No sin cierta dificultad, con todo, como habremos de ver.

En abril de 1999, los servicios públicos de atención médica primaria diagnosticaron al reclamante y recurrente en casación un cuadro sospechoso de tuberculosis. El paciente fue entonces tratado con Rifinah 300 (Rifampicina e Isionacida) y Piracinamida, a la espera de resultados analíticos. En agosto se le retiró la Isoniacida-Rifampicina tras diagnosticársele un cuadro de disminución de agudeza visual por probable toxicidad por antituberculosis, iniciándose tratamiento con complejo vitamínico B.

En octubre y diciembre de 1999, los servicios de neurología y de oftalmología de dos hospitales públicos confirmaron un diagnóstico de neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual, como consecuencia de una reacción tóxica a la medicación antituberculosa, probabilidad de origen iatrogénico que se estableció tras descartar otras causas.

La neuritis óptica, es un efecto adverso muy infrecuente del tratamiento con Rifinah 300, producido por la isoniacida: "[S]e produce en aproximadamente uno de cada diez mil tratamientos", es decir, en un 0,001 % de los casos, pero "[l]a administración de piridoxina o vitamina B6, concomitantemente al tratamiento con isoniacida, intenta prevenir la deficiencia de

dicho compuesto en el organismo, disminuyendo así considerablemente la probabilidad de padecer neuritis" (F. D. 4º de la Sentencia reseñada, que cita el F. D. 10º de la Sentencia recurrida, SAN, Sección 4ª, 3.3.2004).

El paciente reclamó una indemnización, por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por importe de 156.000 € (26 millones de pesetas) que había sido rechazada, primero en vía administrativa y, después, en vía jurisdiccional por la SAN, Sección 4ª, 3.3.2004 (PROV 2004/133590). La sentencia fue recurrida en casación, entre otros, por dos motivos relacionados con la concurrencia en el caso de los requisitos de la responsabilidad patrimonial -objetiva- de las Administraciones Públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de los artículos 106 CE y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992).

La Sentencia del Tribunal Supremo afirmó:

"[E]s doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma [la responsabilidad patrimonial es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuricidad del resultado o lesión aunque (…) es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido." (F. D. 3º)

No obstante, en el párrafo siguiente de mismo Fundamento de Derecho se puede leer:

"[E]s también doctrina jurisprudencial reiterada [siguen citas a las SSTS 20.3.2007; 7.3.2007; 16.3.2005] que a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que (…) lo que sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado." (F.D. 3º)

El Tribunal concede una indemnización de 30.000 euros, algo menos de la quinta parte de la solicitada "por la pérdida de oportunidad" (F.D. 6º). En términos del derecho tradicional de la responsabilidad civil, la pérdida de una probabilidad apreciable de evitar un daño grave, cuya posibilidad de ocurrencia es, a su vez, del 0,001%, constituye una infracción de un deber de cuidado médico si los costes de evitar el daño eran, como era el caso, extraordinariamente reducidos, pues el efecto adverso de la isionacida era del conocimiento médico común, por reducida que fuera la probabilidad de su ocurrencia. Como además tal efecto adverso podría contenerse con la dispensación de vitamina B, la omisión de tales precauciones parece negligencia incluso desde la más sencilla de las interpretaciones posibles de la fórmula de Hand. La conclusión a la que llega la Sala Tercera es correcta. La responsabilidad por omisión siempre lo es por infracción de deberes de cuidado.

6. Lesiones personales y mitigación (Compensatory Damages: Personal Injury and Mitigation)

Cuando la víctima de un daño (personal o de otro orden) orilla voluntaria y descuidadamente toda oportunidad razonable de neutralizar o mitigar algunas de sus consecuencias hay dos enfoques que permiten contener razonablemente el alcance de la responsabilidad del daño originario y de incentivar a la víctima misma a hacer lo que esté en su mano para reducir los daños: un primer enfoque se centra en el requisito de la causalidad. Pueden concurrir circunstancias tales en las cuales cualquier observador razonable entienda que los daños ulteriores derivan del comportamiento de la víctima y no del demandado. Un segundo enfoque apunta a la negligencia contributiva de la propia víctima. Con todo, el analista habrá de extremar la prudencia en la evaluación jurídica de los casos y un buen tamiz podría consistir en tener exclusivamente en cuenta la negligencia grave o la desatención intencionada y voluntaria de la víctima. La negligencia simple probablemente debería poder ser tenida en cuenta únicamente en los casos en los cuales la víctima potencial interactúa con el causante del daño en condiciones de razonable igualdad, simetría de información y quizás también de reciprocidad. La idea rectora ha de ser siempre que el causante de daños encuentra a la víctima como está y no puede someterla después de haberle causado un daño a cargas específicas de diligencia. Hay, por así decirlo, posiciones de garante *ex ante* pero también hay, y con mayor motivo, posiciones de garante *ex post*. Quien ha causado un daño tiene, además del deber de compensarlo, otro de atención y seguimiento *ex post*.

6.1. Material complementario: *Williams v. Bright* (632 N.Y.S.2d 760 N.Y.Sup.,1995)

WALLACH, JUSTICE. Plaintiff Robbins was a passenger in an automobile driven by her 70-year-old father on an upstate highway. An eyewitness saw the car veer off the road at about 65 mph and turn over in a culvert on adjoining farmland. There was circumstantial evidence that the driver, who had driven with this plaintiff and other family members early that morning from New York City to Plattsburgh and was returning the same day, had fallen asleep at the wheel. This was conduct that the jury found to be both negligent and a proximate cause of the accident. On this appeal, defendants, who include the lessors of the vehicle, do not seriously contest liability; the main issue is the trial court's treatment of plaintiff Robbins' alleged failure to mitigate damages due to her religious beliefs as a Jehovah's Witness.

The central question for us, on appellate review, is (…) the broader controversy involving plaintiff's beliefs and their proper effect upon her monetary award. That, in turn, obliges us to grapple with grave constitutional issues ordinarily not involved in a motor vehicle accident-even one as tragic and catastrophic as this one.

I.

For a hundred years it has been settled law in this state that a party who claims to have suffered damage by the tort of another is bound "to use reasonable and properefforts to make the damage as small as practicable" (…) and if an injured party allows the damages to be unnecessarily enhanced, the incurred loss justly falls upon him (…).

Plaintiff Robbins suffered a severely damaged left hip, as well as a painful injury to her right knee. Her own expert testified that if these injuries were not alleviated by well recognized and universally accepted surgical procedures, her prognosis was for a wheelchair-bound life because of the inevitability of necrotic development in the bone structure of these limbs.

Moreover, all the experts agreed that the surgical intervention available to this plaintiff (52 years of age at the time of the accident) offered her the prospect of a good recovery and a near normal life. However, Robbins, a devout Jehovah's Witness, presented proof (chiefly from her own hospital records) that she was obliged to refuse these recommended surgeries because her church prohibits the blood transfusions they would necessarily entail.

In accordance with settled law, the New York pattern jury instruction on the subject of damage mitigation refers to the actions of "a reasonably prudent person" and measures the duty to mitigate in accordance with that standard. Although the trial court acquainted the jury with the existence of that standard, it charged that in this case the standard to be applied was something very different(…).

In abandoning the "reasonably prudent person" test in favour of a "reasonable Jehovah's Witness" standard, over defendants' objection, the trial court perceived the issue as involving this plaintiff's fundamental right to the free exercise of her religion, protected by the First Amendment to the United States Constitution (…).

In our view, the analysis of the trial court contained many flaws. The first error was in defining the fundamental issue as whether any jury verdict could be permitted to conflict with this plaintiff's "religious belief that it may be better to suffer present pain than to be barred from entering the Kingdom of Heaven" (…).

No one suggests that the State, or, for that matter, anyone else, has the right to interfere with that religious belief. But the real issue here is whether the consequences of that belief must be fully paid for here on earth by someone other than the injured believer (…).

American courts have no business endorsing or condemning the truth or falsity of anyone's religious beliefs. (…) An extraordinary example of the perils of such an excursion is the recent Minnesota case of Lundman v. McKown, 530 N.W.2d 807, 828, where damages were awarded against a Christian Scientist stepfather who blocked conventional treatment that, to a medical certainty, would have saved a young child's life. Here was a healthy 11-year-old boy who succumbed to a sudden onset of juvenile diabetes, a disease that is easily diagnosable and treatable by conventional medical practice. Instead, his mother and stepfather enlisted the services of Christian Science practitioners who provided only "spiritual treatment." The child's condition deteriorated rapidly, and he died three days later. There was evidence that a shot of insulin administered as late as two hours before death could have saved him. A wrongful death action was commenced by the child's natural father and his older sister against the mother and stepfather, the various spiritual practitioners, and the Christian Science Church itself. A jury awarded compensatory damages against all defendants in the amount of $5.2 million (reduced on post-trial motion to $1.5 million), and $9 million in punitive damages against the church. The Minnesota Court of Appeals overturned the verdict against the church and its officials, but upheld the portion of the award against the mother, stepfather and local practitioners (…).

II.

(…)It seems apparent to us that a person in plaintiff Robbins' position must be permitted to present to the jury the basis for her refusal of medical treatment; otherwise, the jury would

simply be left with the fact of her refusal, without any explanation at all. Once such evidence is (as it should be) received, the court is called upon to instruct the jurors as to how such evidence should affect their deliberations. Addressing this issue, we hold that the pattern jury instruction must be supplemented here with the following direction: "In considering whether the plaintiff acted as a reasonably prudent person, you may consider the plaintiff's testimony that she is a believer in the Jehovah's Witness faith, and that as an adherent of that faith, she cannot accept any medical treatment which requires a blood transfusion. I charge you that such belief is a factor for you to consider, together with all the other evidence you have heard, in determining whether the plaintiff acted reasonably in caring for her injuries, keeping in mind, however, that the overriding test is whether the plaintiff acted as a reasonably prudent person, under all the circumstances confronting her".

7. Compatibilidad de fuentes indemnizatorias *(Collateral Source rule)*

- Pablo SALVADOR CODERCH et. al. (2006), "El derecho español de daños en 2005: Características diferenciales", *Global Jurist*, *Bepress*, Vol. 6 (http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=gj), págs. 17-22.
- Fernando GÓMEZ POMAR, "Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: "Collateral Source Rule" y afines", *InDret* 1/2000, www.indret.com

7.1 Ayudas públicas e indemnización por responsabilidad civil

- **Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual:**

  Art. 5. Incompatibilidades.

  "1. La percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia.

  No obstante lo establecido en el párrafo anterior, procederá el eventual abono de toda o parte de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo cuando el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial.

  2. Asimismo, las ayudas contempladas en esta Ley serán incompatibles con las indemnizaciones o ayudas económicas a que el beneficiario de las mismas tuviera derecho a través de un sistema de seguro privado, así como, en el supuesto de incapacidad temporal de la víctima, con el subsidio que pudiera corresponder por tal incapacidad en un régimen público de Seguridad Social.

  No obstante lo establecido en el párrafo anterior, procedería el eventual abono de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo, al beneficiario de un seguro privado cuando el importe de la indemnización a percibir en virtud del mismo fuera inferior a la fijada en la sentencia sin que la diferencia a pagar pueda superar el baremo fijado.

3. En los supuestos de lesiones o daños determinantes de la incapacidad permanente o muerte de la víctima, la percepción de las ayudas será compatible con la de cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir.

4. Las ayudas por incapacidad permanente serán compatibles con las de incapacidad temporal".

- **Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo:**

Artículo 6. Cuantificación de las indemnizaciones y compensaciones.

(…)

2. La cuantía de las indemnizaciones o compensaciones a que se refiere el párrafo anterior se determinarán de la siguiente manera:

a) Cuando exista sentencia firme reconociendo una indemnización en concepto de responsabilidad civil, bien sea por fallecimiento o por daños físicos o psicofísicos, se abonará la cantidad fijada en la misma, actualizada según el índice del valor constante de la peseta. Si la cantidad así establecida fuese inferior a la que se determina para cada supuesto en el anexo a la presente Ley, el Estado compensará la diferencia.

b) Cuando no exista sentencia firme, o si esta no reconociese o no permitiese reconocer una cantidad en concepto de responsabilidad civil por daños físicos o psicofísicos, se abonará la cuantía prevista en el anexo de esta Ley.

Artículo 8. Transmisión de la acción civil al Estado.

1. El Estado se subrogará en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente al resarcimiento como autores de los delitos, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo.

2. Con carácter previo a la percepción de las indemnizaciones establecidas en esta Ley, los beneficiarios deberán transmitir al Estado las acciones civiles de las que fuesen titulares.

3. Si no hubiere recaído sentencia firme, la víctima o, en su caso, los derechohabientes transmitirán al Estado su expectativa de derecho fundada en la futura fijación judicial de responsabilidad civil.

Artículo 9. Efectos de las distintas situaciones procesales.

1. Si la responsabilidad civil hubiera sido fijada mediante sentencia firme, la víctima o sus derechohabientes sólo percibirán las indemnizaciones previstas en esta Ley en la medida en que dicha responsabilidad no se hubiera hecho efectiva".

(…)

ANEXO
Indemnizaciones por daños físicos y psicofísicos

TABLA I

Indemnizaciones por fallecimiento e incapacidades

Supuestos	Cuantía - Euros
Fallecimiento	138.232,78
Gran invalidez	390.657,87
Incapacidad permanente absoluta	96.161,94
Incapacidad permanente total	48.080,97
Incapacidad permanente parcial	36.060,73

TABLA II

Indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes

Las cuantías de estas indemnizaciones serán las que resulten de la aplicación del baremo de lesiones permanentes no invalidantes establecido por la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro del Automóvil.

7.2 Prestaciones de la Seguridad Social e indemnización de daños y perjuicios

STS, 4ª, de 14 de julio de 2009 (RJ 6096), MP: Aurelio Desdentado Bonete. Las prestaciones de la Seguridad Social sólo restan la partida de lucro cesante de la indemnización por responsabilidad civil.

El 11.2.2003 a Eulogio, de 31 años de edad y operador de máquinas perfiladoras de chapas, se le quedó atrapado el brazo en los rodillos de la máquina que estaba utilizando y se le produjo un desgarro muscular, con resultado, después de varias intervenciones quirúrgicas, de "déficit de la extensión del codo y muñeca derechos y mano en garra cubital".

La Dirección Provincial del INSS impuso a la empresa un recargo del 30% en las prestaciones derivadas del accidente y declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente total (IPT). El capital coste de la IPT ascendió a 103.348,58 €. Eulogio cobró, además, de Catalana de Occidente 12.020,24 € en concepto de incapacidad permanente total y de la Seguridad Social 16.015,40 € en concepto de incapacidad temporal (IT).

Eulogio reclamó 250.000 € en concepto de responsabilidad civil a la empresa para la que

trabajaba, Fabricados Metálicos, S.A., a la empresa que sucedió a esta última, y a Groupama Plus Ultra, aseguradora de la responsabilidad civil de aquéllas.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés (3.9.2007) estimó en parte la demanda y, aplicando orientativamente el sistema de baremos, condenó a los demandados a pagar 12.311,78 €, cantidad que resulta de descontar de la indemnización global según baremos (actualizados a 2006) -143.696 euros- el capital coste de IPT y lo percibido del seguro. El TSJ Asturias (20.6.2008) desestimó el recurso de suplicación y confirmó la Sentencia del Juzgado.

El TS estimó el recurso para la unificación de doctrina del actor, revocó la SAP y condenó al pago de 91.800 euros. El TS no incluyó en la indemnización calculada según baremos el factor de corrección por perjuicios económicos (5.000 euros), la parte de la indemnización por lesiones permanentes que el Tribunal consideró que respondían a la discapacidad laboral (unos 34.000 euros) y lo cobrado del seguro por IT.

Por un lado, el Tribunal confirmó que era de aplicación al caso la regla de la deducción de las prestaciones de la Seguridad Social:

"[A] efectos de fijar la indemnización (...) deb[e]n descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma" (FD. 4º).

Por otro lado, el Tribunal, siguiendo la doctrina establecida en la **STS, 4ª, de 17 de julio de 2007 (RJ 8303), MP: José Manuel López García de la Serrana** declaró la necesidad de que la deducción o compensación se realice entre conceptos homogéneos:

"[T]ratándose de prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, estas prestaciones sólo puedan compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante: igualmente las que se reconocen por la incapacidad temporal no pueden compensarse con las que se otorgan por la incapacidad permanente y viceversa" (FD. 4º).

En particular, como el cálculo de la indemnización se había realizado conforme a baremos, el Tribunal aplicó la doctrina anterior al caso de la siguiente manera:

"[S]ólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida (...) [Q]uedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia (...) determinar qué parte de la cantidad reconocida (...) incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse,

asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)" (FD. 4º).

STS, 1ª, 688/2008, de 24 de julio, MP: Román García Varela.

El 9.2.1998, Jesús trabajaba en la colocación de planchas metálicas en la cubierta de un pabellón industrial sobre una viga de un metro de anchura y ocho metros de altura, sin medidas de seguridad, salvo un cinturón que no podía enganchar por falta de elementos de anclaje. Jesús cayó al suelo tras perder el equilibrio y, como consecuencia del accidente, sufrió lesiones y secuelas muy graves que motivaron la declaración de la incapacidad permanente absoluta para la realización de cualquier ocupación.

La víctima recibió prestaciones económicas de "Mutua Fremap" y del "Seguro de Negociación Colectiva".

Jesús y Marco Antonio, Mónica y Valentina, familiares de la víctima, demandan a Carlos Francisco, director de la obra, a "Ingyser S.C.", proyectista de la obra, a "Montajes Industriales Mirmo, S.L.", a "Alucoil, S.A." y a Pedro Francisco, y solicitan una indemnización de 910.870,30 €.

El JPI nº 5 de Álava (27.12.2000) estima en parte la demanda y condena a Carlos Francisco, "Ingyser Sociedad Civil", "Montajes Industriales Mirmo, S.L.", "Alucoil, S.A." y Pedro Francisco a pagar 582.398,44 € a Jesús y 48.080,97 € a los restantes actores. La AP de Álava (Sección 2ª, 30.3.2001) estima el recurso de apelación interpuesto por Pedro Francisco, a quien absuelve, manteniendo el resto de pronunciamientos.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Carlos Francisco y acuerda descontar de las indemnizaciones las cantidades percibidas por Jesús de la "Mutua Fremap" y del "Seguro de Negociación Colectiva":

"1ª. Pueden existir acciones diferentes para alcanzar la total compensación del daño ocasionado por un accidente de trabajo; la compatibilidad no queda excluida cuando mediante las prestaciones de la Seguridad Social no se alcanza la completa reparación del daño causado.

2ª. No obstante, no debe existir una independencia absoluta de lo percibido en concepto de indemnizaciones por las contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria; estas últimas deben completar lo ya percibido, para evitar la "sobreindemnización", esto es, el enriquecimiento injusto; de ahí que corresponda sentar que las distintas indemnizaciones son interdependientes debido a que, además, cuando el accidentado se dirige al empresario por la compensación de lo no resarcido, el daño ya se ha limitado, dado que una parte del mismo fue indemnizada.

3ª. En definitiva, se trata de indemnizar un daño distinto o de completar las indemnizaciones ya percibidas a cargo de la Seguridad Social hasta satisfacer el daño realmente sufrido.

4ª. Esta respuesta deriva de la combinación del principio de resarcimiento completo del daño (artículo 1902 del Código Civil), con el principio de la prohibición del enriquecimiento injusto (...)

6ª. En relación al recargo de prestaciones, la Ley nos indica que se trata de un supuesto sancionador del empresario negligente, por lo que no debería acumularse esta cantidad, que no tiene como finalidad reparar el daño causado, sino sancionar a quién lo ha ocasionado" (FD. 4º).

Capítulo 12
Prescripción

1. El plazo anual en el Código civil de 1889 334
2. Esfuerzos judiciales por mitigar el rigor del plazo anual del artículo 1968.2 CC. Daños tardíos y plazo de preclusión. 335
2.1. STS, 1ª, 445/2010, de 14 de julio, MP: Francisco Marín Castán. 337
2.2. La tragedia de la Talidomida y la doctrina de los daños tardíos. El caso Avite c. Grünenthal 338
3. Plazos especiales de prescripción 345
4. Prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito 346
4.1. STS, Pleno, 1225/2009, de 14 de enero, MP: Encarnación Roca Trías. 347
5. Interrupción de la prescripción entre corresponsables solidarios de un mismo daño 348
5.1 STS, 1ª, 223/2003, de 14 de marzo, MP: José Almagro Nosete. 348
5.2 Acuerdo de Sala de 27 de marzo de 2003 349
6. El plazo trienal del Código civil de Catalunya 350
6.1. Albert LAMARCA i MARQUÈS, "Comentari a l'article 121-21", en Albert LAMARCA i MARQUÈS, Antoni VAQUER ALOY, *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 592 y ss. (extracto) 350
6.2. Doctrina jurisprudencial sobre el plazo catalán de prescripción y los plazos previstos en leyes especiales 352

1. El plazo anual en el Código civil de 1889

En 1889, año de la entrada en vigor del código civil, el derecho de daños era una institución menor, incomparablemente menos importante que la propiedad inmobiliaria, la familia o el derecho sucesorio –centrales en el derecho civil de la época- e incluso que el derecho de contratos, la otra gran fuente de obligaciones del código.

Además, los accidentes por los que su causante había de responder eran accidentes discretos: un impacto, contagio u omisión clamorosa causaban un daño cuyos efectos eran inmediatos - atropello, caída, golpe- o muy próximos en el tiempo a su causación misma. En ese contexto, en esa cultura la regla del año no era pésima, aunque contrastaba con dificultad con la prescripción larga, demasiado larga, de las obligaciones que carecían de un término propio que conforme al artículo 1964 CC, en su redacción por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prescriben a los 5 años: "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación".

Mas, en todo caso, en la situación descrita, la norma básica sobre prescripción de la acción por daños del **artículo 1968 CC**, que estableció el perentorio plazo de un año, era comprensible:

> "Prescriben por el transcurso de un año:
> (…)
> 2. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado."

También debe tenerse en cuenta el artículo 1969 CC:

> "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse".

Sobre este precepto, véase: Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, "El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil", en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ et. al., *La prescripción extintiva"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-234.

La prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual puede ser interrumpida por los medios previstos en el art. 1973 CC y, en todo caso, solo se iniciará a partir del momento en el que la víctima del daño estuvo en condiciones de reclamar la indemnización ante los jueces y tribunales de la jurisdicción civil. Así, por ejemplo, el **artículo 111 LECrim** dispone la interrupción de la prescripción civil en los casos en que la víctima del daño causado como consecuencia de un delito o falta decida reservarse las acciones civiles:

> "Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código."

2. Esfuerzos judiciales por mitigar el rigor del plazo anual del artículo 1968.2 CC. Daños tardíos y plazo de preclusión.

Con el paso del tiempo, el Tribunal Supremo ha ido suavizando el rigor de la regla de la prescripción anual. El expediente preferido es el que consiste en entender que el día inicial de cómputo del plazo (*dies a quo*) comienza a contar cuando se conocen todas las consecuencias del daño causado y se pueden evaluar sus últimas secuelas, un criterio levemente paradójico que favorece a la víctima de una lesión no mortal, pero que favorece, también, a quien acierta a matar a su víctima.

Otros desarrollos científicos han dejado muy atrás la regla de la prescripción anual del código civil. Quizás uno de los más destacados es el advenimiento de la epidemiología o aplicación de la estadística y de las ciencias naturales al surgimiento y contagio de patologías. Sus orígenes remotos coinciden en el tiempo con los de la asepsia el médico británico John Snow (1816-1858) fue el primero en asociar el origen de una epidemia de cólera en Londres, en 1854, con el suministro de agua contaminada en una fuente del Soho, un barrio londinense, pero como disciplina científica base de la moderna medicina preventiva, laboral, etc., no se generaliza hasta

la segunda mitad del siglo XX, cuando, continuando estudios realizados en Alemania antes de la Segunda Guerra Mundial, científicos británicos empiezan a asociar estadísticamente el consumo del tabaco con determinadas formas de cáncer. Hoy en día, no es concebible un caso serio de daños por exposición a productos tóxicos -materiales de construcción, productos alimenticios, químicos de cualquier naturaleza, medicamentos, etc. sin un estudio epidemiológico serio.

Así el desarrollo científico y tecnológico ha arrumbado con las bases razonables de la regla de la prescripción anual, como, por otra parte, lo ha hecho también con la idea tradicional de que causación del daño es un hecho o acto y no un proceso que, a lo mejor, se desarrolla a lo largo de diez, veinte, treinta o cuarenta años, o que daña a los hijos en el vientre de sus madres.

Consciente de ello, la Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que la prescripción anual solo debe computarse desde el momento en que puedan considerarse definitivas las consecuencias del accidente o desde el momento de la manifestación del daño que ha permanecido latente más de 1 año después del hecho que los causó.

La **STS, 1ª, 688/2017, de 19 de diciembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**, aplica esta doctrina y revoca la SAP que había estimado la excepción de prescripción. En el caso, el actor había sufrido un accidente de circulación con resultado de lesiones permanentes y demandó a la compañía aseguradora del causante del accidente. El JPI estimó la demanda y condenó a pagar 25.187 euros. La AP estimó el recurso de apelación de aseguradora y consideró prescrita la acción porque tuvo en cuenta la primera fecha del alta médica del actor, en lugar de otras fechas posteriores relativas a tratamientos médicos adicionales. Según el TS, con posterioridad al alta médica del paciente, hubo complicaciones que determinaron nuevos tratamientos médicos e incluso una nueva operación mediante artroscopia. Se trataba de consecuencias lesivas vinculadas al accidente por lo que no es hasta el alta médica definitiva que debe empezar a correr el plazo de prescripción. La SAP priva al lesionado del derecho a reclamar todos los daños y perjuicios como consecuencia del accidente sufrido, lo que es contrario a la doctrina de esta sala sobre el comienzo del plazo de prescripción: "con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han quedado determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por el suceso lesivo, lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inicia en un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas (...) Hay secuelas que quedan fijadas sin transcurso de tiempo. Otras necesitan tratamiento, terminado el cual, si se entiende inmodificable la mejoría, se consideran médicamente estables. A partir de ese momento el perjudicado estará en condiciones de poder reclamar con conocimiento de todos los datos".

La **STS, 1ª, 604/2017, de 10 de noviembre, MP: José Antonio Seijas Quintana**, es relevante porque fija el dies a quo en el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento de las causas del accidente. En el caso, se había producido un accidente de avioneta cuando el examinador realizaba una maniobra de "fallo simulado de motor", que requirió un aterrizaje de emergencia. El accidente comportó daños materiales a la aeronave propiedad de Aerolink Air Services, S.L., quien demandó al examinador 106.229 euros una vez que la Comisión de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil emitió su informe preceptivo sobre las causas del accidente, momento en el que había transcurrido más de un año desde la fecha del accidente. El JPI estimó íntegramente la demanda. En cambio, la AP estimó el recurso de apelación del

demandado y consideró prescrita la acción. El Tribunal Supremo revocó la SAP y confirmó la SJPI: el dies a quo del plazo de un año debe computarse desde que la víctima disponga de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para interponer la demanda y ello ocurrió en el momento en que la Comisión de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil emitió su informe preceptivo sobre las causas del accidente.

2.1. STS, 1ª, 445/2010, de 14 de julio, MP: Francisco Marín Castán.

La cuestión jurídica que planteó el único motivo del recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial de Cáceres, confirmatoria de la primera instancia, consistía en determinar si había prescrito la acción que ejercitaba el demandante. El 15 de noviembre de 2005, el actor demandó a la que había sido su esposa en reclamación de 514.638.13 euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto causados por la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

La Sala Primera confirmó la sentencia recurrida y desestimó el recurso de casación: "(…) es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2 CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción.
Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción.

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardiaco del actor-recurrente en el año 2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un

marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardiaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC , pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado." (FD. 6º)

2.2. La tragedia de la Talidomida y la doctrina de los daños tardíos. El caso Avite c. Grünenthal

a) El caso planteado en la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013 (Avite c. Grünenthal). Pablo SALVADOR CODERCH, Sonia RAMOS GONZÁLEZ, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Antoni RUBÍ PUIG, Antoni TERRA IBÁÑEZ, "Daños tardíos", InDret 01/2014 (extracto)

"Avite", Asociación de Víctimas de la Talidomida en España, presentó demanda de juicio ordinario, que correspondió en turno de reparto el 17.2.2012 al Juzgado de referencia, contra Grünenthal Pharma S.A. y en la cual solicitaba se dictara sentencia por la que se declararan como afectados por la talidomida a:

a) Todos aquellos socios de la actora perceptores de las ayudas económicas establecidas en el RD 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período 1960-1965 (RD 1006/2010).

b) Igualmente a aquellos socios de la actora a los que les sea reconocida esta condición mediante resolución administrativa o sentencia firme.

Y por la que se declarara el derecho a percibir indemnizaciones del apartado d) a:

c) Los herederos de los afectados, ya fallecidos, perceptores en vida de las ayudas del RD 1006/2010 o que vieran su condición de talidomídicos reconocida mediante sentencia o resolución administrativa firme en vida o tras su muerte.

Y por la que se condenara a Grünenthal Pharma S.A. a:

d) Indemnizar a los socios de la actora en la cantidad resultante de multiplicar por 20.000 € cada punto porcentual de minusvalía reconocido por la Administración española a cada uno de ellos, más los intereses legales de esta cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda.

Grünenthal Pharma S.A. contestó la demanda, planteó declinatoria por falta de jurisdicción, por considerar que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa, formuló diversas excepciones procesales, así como solicitó, en cuanto al fondo, la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas a la actora.

Tal y como se explica en la SJPI núm. 90, de 19.11.2013, "la talidomida como principio activo fue descubierta y desarrollada en los años 50 en Alemania por Chemie Grünenthal GmbH obteniendo patente en [dicho país] el mes de octubre de 1957 (…) En España la distribución de medicamentos con talidomida se produjo desde al menos el mes de junio de 1959, constando en autos que los distribuidos directamente por Medinsa obtuvieron autorización el 7 de junio de 1960 y sin que haya sido probado (…) que su comercialización efectiva no se produjera hasta el mes de noviembre de ese mismo año (…) [L]os primeros casos de afectados por la ingesta de medicamentos con talidomida comercializados en España pudieron empezar a evidenciarse (…) en el primer trimestre de 1960 (…).

[E]l 18 de mayo de 1962 se dictó Orden Ministerial prohibiendo la comercialización de medicamentos con talidomida y dice la demandada que Medinsa paralizó las ventas en el mes de diciembre de 1961, aunque (…) se refiere a mediados del mes (¿?) de 1962 como 'plazo razonable (…) para que todos los preparados de talidomida de Medinsa hubieran sido retirados de las farmacias y almacenes' (…) La anulación de las autorizaciones administrativas figura fechada en el mes de enero de 1963, excepto para el Entero Sediv, cuya anulación es del mes de octubre de 1962 (…) [E]l Colegio de farmacéuticos informó a las farmacias y mayoristas de la retirada de los productos (…) ordenando que se pusieran a disposición del colegio para ser retirados de la circulación (…).

Siguiendo estas pautas, en el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, se establece como periodo en el que pudieron producirse afecciones por talidomida el de los años 1960 a 1965 (…) contemplando un espacio temporal en el que (…) podían todavía existir en el tráfico o en poder de particulares medicamentos con talidomida (…), puesto que parece que se han objetivado casos más allá del año 1963".

Una de las cuestiones que planteaba el caso era, por tanto, la prescripción de una acción por daños causados por un suceso que tuvo lugar muchos años después de la expiración del breve plazo anual de prescripción de la acción de reclamación de daños extracontractuales, pero que no se manifestaron hasta mucho después y cuando el plazo de prescripción ya había expirado.

La distinción entre daños continuados y permanentes es pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, aunque, como habremos de ver, su aplicación requiere una consideración detenida de las circunstancias de cada caso concreto.

a) En términos generales, y en el caso del daño personal continuado, no todos sus efectos perjudiciales son conocidos o, al menos previsibles, en el momento de su producción

inicial. Al respecto, rige el criterio de la cognoscibilidad y previsibilidad médicas, es decir, hay que tener en cuenta el análisis clínico de la condición del paciente y el momento a partir del cual se pueden establecer, siempre médicamente, la naturaleza y alcance de las secuelas definitivas del daño. Así, conozca o no la víctima cuál sea la trascendencia de su condición, lo relevante es el dictamen médico emitido de acuerdo con la *lex artis ad hoc*. Y, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citada en la sentencia, "cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (…). La dificultad de determinar en daños de carácter continuado cuándo se ha producido el definitivo resultado debe resolverse mediante la valoración de la prueba y admitiendo la posibilidad de fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados los daños sufridos" (FD 2º, STS, 1ª, 13.3.2007 -que resuelve un caso de culpa contractual).

b) En cambio, el daño permanente o duradero es el que "se produce en un momento determinado (…) pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado" (FD. 5º STS, 1ª, 445/2010, 14.7.2010, con cita de la STS, 1ª, 512/2009, 30.6.2009). Sin embargo, su entidad, en su caso, su agravación y son consecuencias, resultan médicamente conocidas o previsibles en un momento dado, a partir del cual empieza a correr el plazo de prescripción, pues es desde entonces cuando el agraviado tuvo cabal conocimiento del daño y pudo saber de su trascendencia. "[D]e otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado (…) vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción" (FD. 5º, 1ª, 445/2010, 14.7.2010).

La alternativa entre daños continuados y daños permanentes no es excluyente, pues, en el caso concreto, puede producirse un solapamiento parcial entre ambas categorías, es decir, pueden concurrir en un único supuesto daños permanentes con daños continuados, del mismo modo que en uno de compraventa pueden hacerlo los vicios aparentes y los ocultos. Entonces, si en el caso concreto y como parece resultar de la sentencia, ha tenido lugar tal concurso, la pretensión específicamente asociada a los daños históricos, manifestados y conocidos muchos años atrás, podría considerarse prescrita, pero, en cambio, no lo estaría la pretensión por el daño desconocido y médicamente imprevisible, cuyo alcance y consecuencias se han conocido muchos años más tarde. A este respecto, los autores de este comentario no sabemos de ninguna jurisprudencia, en cuya virtud se considere que la pretensión de daños sea necesariamente unitaria, hasta el punto de que el conocimiento de una parte, más o menos importante, de los daños causados y de sus consecuencias arrastre la prescripción de la parte restante y desconocida, es decir, de los daños continuados.

En el derecho general de la responsabilidad civil por culpa o negligencia no hay un plazo de garantía, en la terminología del *Common Law*, *Statute of Repose*, que establezca una regla de preclusión transcurrido un determinado periodo de tiempo establecido por la ley. Una regulación semejante rige en la actualidad en materia de responsabilidad civil del fabricante por defecto de producto, que es responsabilidad objetiva y está establecida por **el artículo 144 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias:

Artículo 144. Extinción de responsabilidad

"Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial."

Con carácter general, una regla similar viene establecida en el CCCat por su artículo 121-24:

Artículo 121-24. Plazo de preclusión

"Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a las cuales hace referencia el artículo 121-23, en materia de cómputo de plazos."

El Código civil de 1889 no desconocía la técnica de las reglas de preclusión, pues incluyó una de responsabilidad decenal en el artículo 1591 CC para las responsabilidades derivadas de defectos en la construcción, pero nunca se ha predispuesto una solución general para las pretensiones civiles ni, en particular, para las pretensiones derivadas de responsabilidad civil por culpa o negligencia.

Al margen de consideraciones generales sobre el fundamento y naturaleza del instituto de la prescripción, incluidas en la sentencia comentada, el núcleo argumentativo básico desarrollado por la magistrada Fernández Díaz en el caso radica en esta distinción entre daños permanentes y daños continuados a la que nos hemos referido en los párrafos anteriores y en la exigencia de tener en cuenta sus consecuencias. En tal sentido, –escribe la magistrada–:

"[M]uchos de los padecimientos a los que se refiere la demandante no son sino consecuencias lógicas y previsibles, desde el punto de vista médico, del daño principal que, según los estudios y artículos médicos obrantes en autos, viene constituido fundamentalmente, por las malformaciones de sus extremidades superiores o inferiores, de manera que se trata de dolencias (v.g.: lesiones de espalda o columna, dolor, artrosis, tensión o debilidad muscular…), que se generan al tratar de compensar las funciones de las que se carece (…). Desde este punto de vista las lesiones padecidas por quienes pudieran estar afectados por la ingesta prenatal de la talidomida hace tiempo que podrían estimarse consolidadas con secuelas, aunque de la documentación técnica obrante en autos (informe Heildelberg y artículos médicos especializados en la materia) resulta con claridad que existe un empeoramiento generalizado y progresivo de los afectados" (FD 3º).

La magistrada se refiere seguidamente al contenido del Informe Heidelberg, de 21.12.2012, aportado por la demandante e incorporado a las actuaciones en la audiencia previa:

"Lo que resulta de este informe (…) es que en fechas recientes se ha sabido que los afectados por la talidomida pueden padecer (…) "daños secundarios, tardíos o de aparición tardía" y que se distinguen expresamente de los que llama "daños continuados" (…). Se trata de daños que, si bien pudieran tener también un origen prenatal, no se habían manifestado o conocidos como vinculados a la talidomida hasta fechas recientes (…). Son padecimientos asociados al sistema nervioso, vascular (arterias, venas y tejido linfático) y de la musculatura (…) Se trata de daños absolutamente diferentes a los que podrían considerarse como secuenciales de la teratogenia, (…) Esto implica que, a pesar del tiempo transcurrido desde los hechos, en la actualidad no se tiene un conocimiento cierto (…) y absolutamente definitivo sobre el alcance las lesiones y secuelas producidas por la talidomida (…), por lo que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial descrita anteriormente, la acción rectora del procedimiento no puede considerarse prescrita" (FD. 3º).

b) Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 14ª), 13.10.2014, MP: Sagrario Arroyo García.

Grünenthal Pharma, S.A. interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia, el auto de 6.11.2012 de desestimación de las excepciones procesales y el de resolución del recurso de reposición, de 19.12.2012, así como la resolución oral de la AP de admisión de la prueba documental de la actora.

Respecto al auto de desestimación de las excepciones procesales y el de resolución del recurso, alega falta de motivación del auto de desestimación del recurso de reposición (ex art. 218 LEC) e indebida admisión de una serie de documentos presentados por la asociación en un momento posterior al inicio del procedimiento. Reitera, además, defecto en el modo de proponer la demanda, por la falta de identificación de los demandantes y de las cantidades reclamadas; falta de legitimación procesal de Avite respecto a los menores y herederos de las personas fallecidas; y falta de litisconsorcio pasivo necesario respecto a la Administración que autorizó el medicamento y respecto a otros laboratorios farmacéuticos que comercializaron en España el principio activo.

Respecto a la sentencia, la recurrente considera que infringe los siguientes preceptos de la LEC: 217.1 (sobre carga de la prueba), 219 (sobre la necesidad de cuantificar exactamente el importe de la condena), 265 (sobre la presentación de documentos en la demanda y en la audiencia previa del procedimiento) y 269 (sobre la imposibilidad de presentar documentos posteriormente a estos dos momentos). En concreto, alega que Avite no había presentado documentos relativos a la condición de los beneficiarios bajo el RD 1006/2010 sobre ayudas a los afectados por la talidomida, ni los puntos de invalidez reconocidos administrativamente, ni la condición de miembro de la asociación.

Sobre la prescripción de la acción, la recurrente alega la infracción del art. 1968.2 CC y la doctrina del Tribunal Supremo: los fármacos sólo estuvieron en el mercado desde 1959 a 1961 y los afectados estaban en disposición de ejercitar las acciones desde el nacimiento o al menos desde que alcanzaron la mayoría de edad. Se trata de daños que habían merecido un reconocimiento administrativo de la incapacidad desde los años 70 u 80. La sentencia se refiere a los daños tardíos pero luego concluye que los daños no están perfectamente determinados y, de esta manera, confunde entre daño continuado y daño permanente. Acreditada la prescripción, es la actora quien tiene que aportar prueba sobre elementos impeditivos de la misma. Y la actora no ha aportado prueba de que los afectados hayan padecido tales supuestos daños tardíos.

Sobre la valoración de la prueba y en particular sobre el informe Heidelberg, alega falta de motivación de la sentencia e infracción de los arts. 24.2 y 218 LEC. El informe, solicitado por la Fundación Contergan, resulta de la información facilitada por individuos que reciben ayuda de la fundación, y puede servir como estudio estadístico de las manifestaciones efectuadas por los entrevistados, pero no suple la debida prueba que los socios de Avite debían aportar sobre la existencia de tales daños tardíos aludidos en la sentencia, pues justamente los españoles que reciben ayudas de la fundación contergan son excluidos del fallo de la sentencia. El propio informe concluye que debería realizarse una investigación científica sistemática de los daños causados en la etapa prenatal pero descubiertos más tarde.

En todo caso sólo habría lugar al resarcimiento de aquellos daños de aparición posterior que se hubieran ejercitado en tiempo hábil al efecto, ya que la doctrina de los daños continuados y la fijación del dies a quo en el momento del definitivo resultado sólo es aplicable si no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados, por lo que si es posible dicho fraccionamiento debería iniciarse el cómputo desde cada hecho dañoso. El fraccionamiento es perfectamente posible por lo que debió estimarse la prescripción al menos respecto a las malformaciones presentes en el nacimeinto.

Por último, la recurrente impugna la solidaridad impropia aplicada por la sentencia para condenar al demandado, cuando no se ha aportado prueba sobre el concreto producto que en cada caso fue administrado o consumido; alega la inexistencia del hecho dañoso, porque considera que no hay prueba ni de la fecha de nacimiento de los asociados, ni de cuál fue el concreto producto que causó los daños, ni de las malformaciones, ni de la condición de beneficiarios de las víctimas conforme al RD 2010, ni tampoco se ha aportado copia del informe de evaluación del Centro de Investigación de Anomalías Congénitas del Instituto de Salud Carlos III. Cuestiona también que se ha acreditado el daño, porque no se han aportado ni informes médicos ni resoluciones administrativas de invalidez, ni la relación de causalidad específica. Valora que el RD por el que se conceden las ayudas no puede servir de fundamento a la relación de causalidad ya que se basa en estándar distinto a la probabilidad cualificada que como mínimo exige el TS. Niega su negligencia, porque conforme al estado de los conocimientos cienfíficos y técnicos existentes en el momento de la comercialización, no se le podía pedir más, los efectos teratogénicos no eran conocidos y cuando lo fueron se retiró el producto del mercado.

Sobre los daños reconocidos, la demanda no justifica el importe de 20.000 euros por punto procentual de invalidez, los grados de discapacidad pueden recoger elementos ajenos a las afecciones específicamente atribuidas a la talidomida y la parte actora no acredita tales puntos de discapacidad.

La Audiencia Provincial (Sección 14ª), 13.10.2014, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por Grünenthal Pharma, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, de 19.11.2013 y, en contra de lo sostenido por el Juzgado, considera prescrita la acción conforme a los arts. 1968.2 y 1969 del Código Civil español:

"Si determinados tipos de lesiones se evidencian en el momento del parto (así las que afectan a extremidades superiores o inferiores (focomelia), en algunos supuestos a ambas, la amelia, falta del pulgar, etc.) se trata de secuelas que ya podían ser determinadas en el momento del nacimiento, pues es en ese momento cuando se determina el alcance invalidante de las mismas (…) y se trata de defectos permanentes (…)

[L]os socios de AVITE afectados con malformaciones congénitas pudieron haber acudido al CIAC (Centro de Investigación de Anomalías Congénitas perteneciente al Instituto de Salud Carlos III) para "establecer el diagnóstico seguro, si fuera posible, o el más probable, y sus posibles causas, sean por la Talidomida, o por cualquier otro problema genético" (…)onforme a la tesis más favorable para los perjudicados, en el año 2008, los socios de AVITE ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos, de los que pudieran derivarse la probabilidad de que sus malformaciones congénitas y daños consecutivos fueron consecuencia de la ingestión de talidomida por la madre gestante en el periodo crítico. Se ha de resaltar que ninguno de los diagnósticos realizados por el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas del Instituto de Salud "Carlos III" durante los años 2006-2008 han sido aportados a las actuaciones"(…)

"[E]l Informe del Instituto de Gerontología de la Universidad de Heidelberg no supone una constatación de los denominados daños tardíos y que los mismos tengan su causa en la talidomida, sino que, a lo largo del mismo, en diversas ocasiones, se establece como una posibilidad, por lo que su determinación se deberá de realizar a través de la correspondiente investigación científica, como así recomienda el informe (…) [P]or la mera posibilidad de que puedan producirse daños tardíos derivados del principio activo de la talidomida, no contrastados en la actualidad, y de su posible existencia en determinados afectados, no puede excluir que debamos apreciar la prescripción, y dejar indeterminado "sine die" el inicio del cómputo de la misma".

c) Sentencia del Tribunal Supremo, 1ª, Pleno, 20.10.2015, MP: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

El Tribunal Supremo en la sentencia citada ha desestimado los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por AVITE y ha confirmado la SAP. En relación con la prescripción de la acción, el TS establece:

> [L]o único que se reclamó en la demanda es una indemnización consistente en 20.000 euros por "cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración Española", es decir, una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento (…) Supone que las secuelas no se han modificado y que el daño en sí se provocó en dicho momento y no en otro posterior, sin que pueda quedar indeterminado en virtud de una posible evolución de la enfermedad en un sentido o en otro. Por tanto, la sentencia no ha fraccionado el daño, pues como tal no considera los sobrevenidos en una etapa distinta, y como consecuencia declara prescrita la acción dejando a salvo los daños secundarios o de aparición tardía, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior, lo que en estos momentos no se ha acreditado a través de la correspondiente investigación científica, ni resulta tampoco del informe Heidelberg en que se establece simplemente como posibilidad y sin carácter general (…)
>
> Y es que una cosa es que los daños se manifestaran con el nacimiento, que no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y otra cosa distinta son estos daños tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

> Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en una fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (…), y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo de inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos. En la actualidad, la posibilidad de indemnizar por daños sobrevenidos está reconocida en el Anexo. Primero. 8 [sic, 9] de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995" (FD. 4º, 5).
>
> El Magistrado D. Francisco ARROYO FIESTAS emitió un voto particular en el que defiende que el dies a quo del plazo anual de prescripción debe computarse a partir del "reconocimiento administrativo de la incapacidad existente y siempre que ésta esté relacionada con la ingestión de talidomida", y cita, en este sentido, la doctrina establecida en la STS, 1ª, de 11 de febrero de 2011. Conforme a esta doctrina, el Magistrado sostiene que en el caso la acción no estaría prescrita pues no se habría iniciado el cómputo del plazo hasta la resolución de los procedimientos administrativos de incapacidad vinculados al RD 1006/2010, pues aunque "con anterioridad (…) se plantearon por algunos afectados procedimientos de incapacidad (…) los mismos solo concretaban la existencia de lesiones y/o secuelas, no la relación de causa a efecto con la talidomida lo cual solo se va a efectuar tras el RD 1006/2010, como establece esta norma en su art. 8" (FD. 9).

El Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido por Avite (Auto 148/2016, de 22 de julio) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inadmitió la demanda presentada por Avite el 16 de diciembre de 2016.

3. Plazos especiales de prescripción

Los plazos generales de prescripción conviven, sin embargo, con excepciones contenidas en normas especiales que, con ocasión de la regulación del ejercicio de pretensiones específicas de responsabilidad, prevén plazos especiales de prescripción. En el ámbito propio de aplicación de tales normas, el principio de especialidad obliga a atender a sus plazos, que resultarán de aplicación en lugar de los plazos generales señalados en el apartado anterior.

Así, el **artículo 143 TRLGDCU** prevé un plazo especial de tres años para el ejercicio de la acción de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos:

> "1. La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización

contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización."

2. La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código Civil.

También se prevén plazos especiales de prescripción para el ejercicio de las acciones contra los agentes de la edificación en **el artículo 18 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación:**

"1. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.
2. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial."

4. Prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito

Una de las peculiaridades del derecho español de daños es la autonomía material y procesal de la responsabilidad civil derivada de delito. Conforme a lo previsto en el artículo 109 CP:

"1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.
2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil."

De este modo, la víctima de un delito puede obtener un pronunciamiento sobre la indemnización que le corresponde en el mismo procedimiento penal en que se decidirá la responsabilidad penal del delincuente. También puede reservarse las acciones civiles para, una vez finalizado el procedimiento criminal, demandar una indemnización ante los jueces y tribunales de la jurisdicción civil. En tal caso, como ya se ha hecho referencia, el proceso penal interrumpe la prescripción de la acción civil, cuyo plazo empezará a contar una vez finalizado el procedimiento penal.

Al efecto, la **STS, 1ª, 440/2017, de 13 de julio**, confirma la doctrina de este Tribunal conforme a la cual el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal resulta irrelevante en orden a la eficacia interruptora de la prescripción de la acción de daños. Tampoco es relevante que la denuncia llegue a archivarse (**STS, 1ª, 721/2016, de 5 de diciembre**). Aclara esta segunda sentencia que la cuestión determinante del posible efecto interruptivo de la prescripción es si el archivo de la causa penal se debe a una falta de jurisdicción e incompetencia patente y manifiesta.

Sin embargo, los plazos penales de prescripción, es decir, los plazos en que la víctima de un delito puede plantear una acción penal contra el delincuente, no se corresponden con el plazo civil de prescripción de la acción de indemnización de daños. La divergencia plantea un problema práctico consistente en determinar si la acción de daños ha prescrito cuando la acción penal se plantea dentro del plazo penal de prescripción pero una vez agotado el plazo civil de ejercicio de la acción de daños.

Podría entenderse que, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción civil, una eventual acción penal posterior no permitiría a la víctima el ejercicio de la acción civil en el mismo proceso penal o la reserva de la acción civil para ejercitarla ante los jueces y tribunales de esa jurisdicción. La Sala Primera del Tribunal Supremo no lo ha entendido así. En los casos en que la acción penal se plantea después de la expiración del plazo de la acción de daños, la Sala ha entendido que no hay razones para que la víctima del delito pierda el derecho a su indemnización.

La brevedad del plazo civil ha llevado al Tribunal Supremo a forzar los textos legales y a afirmar que, en estos casos, la acción que ejercita la víctima no se corresponde con la acción general de daños, sino con otra específica derivada del delito a la que debe aplicarse el plazo general de prescripción de 15 años previsto en el artículo 1964 CC para las acciones que carezcan de plazo propio de prescripción, aunque solo si se obtiene sentencia de condena en la vía penal (STS, 1ª, 287/2019, de 23 de mayo, MP: Eduardo Baena Ruiz: accidente de circulación por el que se siguió un proceso penal previo en el que recayó sentencia condenatoria y en el que el demandante se reservó el ejercicio de la acción civil).

4.1. STS, Pleno, 1225/2009, de 14 de enero, MP: Encarnación Roca Trías.

El 6 de junio de 1996 dos menores agredieron a un tercero, también menor, y le causaron graves daños personales. Como consecuencia de la agresión, se iniciaron acciones penales ante el Juzgado de Menores de Almería, que dictó sentencia de condena el 3 de octubre de 1996. El 7 de abril de 1998, la madre de la víctima demandó en la vía civil a los padres de los agresores. Los demandados opusieron la prescripción de la acción civil, planteada casi dos años después de la comisión de los hechos y de la sentencia penal condenatoria. La demandante mantenía que el plazo de prescripción que debía resultar de aplicación no era el anual del artículo 1968.2 CC, sino el de quince años del artículo 1964 CC, pues el Código no prevé plazo especial para la acción de responsabilidad civil derivada de delito.

Las instancias dieron la razón a la demandante y rechazaron la excepción de prescripción de la acción que opusieron los demandados. Éstos recurrieron en casación y la Sala Primera confirmó la decisión de las instancias y estableció como doctrina jurisprudencial que:

> "(…) el propio Tribunal Supremo ha aplicado a las acciones de reclamación de la responsabilidad civil derivada de delito cometido por mayores de edad el plazo de 15 años, porque el artículo 1968, 2º CC incluye exclusivamente en el plazo de prescripción de un año las obligaciones que nacen en virtud de lo dispuesto en el artículo 1902 CC . Las que surgen como consecuencia de daños producidos por delitos que no sean la calumnia o la injuria no están incluidas en esta disposición, en virtud de lo que establece el artículo 1092 CC . Esta doctrina ha sido sostenida reiteradamente en sentencias de 7 enero 1982, 7 octubre 1983 , 1 abril 1990, 19 octubre 1990 , 10 mayo 1993 y 4 julio 2000 y 31 enero 2004 , entre muchas otras.

> En coherencia con la doctrina anteriormente expuesta, hay que concluir que en el actual estado de cosas, debe aplicarse la regla, de acuerdo con la que al tratarse de un hecho delictivo de un inimputable que ha sido objeto de sanción en la jurisdicción competente de menores, debe aplicarse la doctrina sostenida por esta Sala en relación al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil por daños derivados de hechos delictivos y, por tanto, el plazo será de 15 años por aplicación del artículo 1964 CC. La aplicación de este plazo requiere que haya habido una resolución de la jurisdicción de menores declarando que los hechos probados están tipificados como delito que han sido cometidos por un menor no imputable." (FD. 5º y 6º)

5. Interrupción de la prescripción entre corresponsables solidarios de un mismo daño

De acuerdo con el artículo 1974 CC, las acciones del acreedor común frente a cualquiera de los codeudores solidarios interrumpen la prescripción respecto de todos ellos. Así lo impone la unidad de la deuda que es exigible a todos y la propia dinámica de la solidaridad, que permite demandar conjunta o sucesivamente a los codeudores hasta el cobro total de la deuda:

> "La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. (…)"

La Sala Primera había mantenido históricamente la aplicación del precepto a los casos en que la solidaridad era impuesta por la sentencia que reconocía que el daño debía ser puesto a cargo de varios corresponsables. De este modo, resultaba posible que las afirmaciones contenidas en la sentencia que se dictó con motivo de la acción de la víctima contra uno de los cocausantes de un mismo daño sirviera luego de fundamento para iniciar un segundo pleito frente a otros corresponsables que no podían oponer que había transcurrido más de un 1 año entre el accidente y la demanda que ahora se presentaba contra ellos.

5.1 STS, 1ª, 223/2003, de 14 de marzo, MP: José Almagro Nosete.

El caso resuelto por la STS, 1ª, 14.3.2003 (RJ 3645) modificó la que había sido la doctrina tradicional de la Sala Primera. La víctima demandó al arquitecto, al aparejador y al encargado de la obra en la que sufrió un "grave accidente laboral" con repercusiones que no explica la ponencia. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó en parte el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de la primera instancia, absolvió al arquitecto, y condenó al resto de demandados a pagar solidariamente a la víctima una indemnización de 217.950 euros. Ninguno de los condenados pagó la indemnización y la víctima demandó entonces a las respectivas compañías aseguradoras. En el proceso seguido contra las compañías, las instancias admitieron la excepción de prescripción de la acción. Las aseguradoras no habían sido demandadas en el primer proceso y había transcurrido con creces el año que prevé el artículo 1968.2 Cc. para el ejercicio de la acción de reclamación de daños. La Sala Primera confirmó los razonamientos de la sentencia recurrida: "(…) la doctrina ha reconocido junto a la denominada 'solidaridad propia', regulada en nuestro Código civil que viene impuesta con carácter predeterminado *ex voluntate* o *ex lege*, otra modalidad de la solidaridad, llamada 'impropia' u obligaciones *in solidum* que dimanan de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que

surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades. A esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 Cc. en su párrafo primero, mucho menos cuando el hecho alegado quedó imprejuzgado, por propia definición, respecto de los que no fueron traídos al proceso, basándose en una presunta responsabilidad *in solidum* (la solidaridad no se presume conforme al artículo 1137 Cc.), que fue declarada para unos sujetos distintos (…) de los luego vinculados, a los que no puede extenderse la singularidad de un pronunciamiento que se establece con base en las circunstancias fácticas alegadas y probadas en el asunto previo, sin que (…) puedan formularse representaciones unilaterales de solidaridad sin causa demostrada." (FD. 4).

La decisión de la Sala Primera contó con un voto particular del magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz: "La razón del voto particular es, en primer lugar, por entender que la resolución adoptada hace decir al Código Civil lo que éste no dice. El artículo 1974, en su primer párrafo (…) no distingue si la solidaridad es propia o impropia; cuya distinción no ha sido reconocida por la doctrina civilista. (…) La razón de este voto particular es, en segundo lugar, por entender que se da un giro a la doctrina jurisprudencial que, con un criterio progresista que viene de años, mantiene el principio *pro damnato*, en beneficio del perjudicado por acto dañoso, la parte más débil de una relación. Asimismo, en tercer lugar, implica un cambio injustificado de la doctrina jurisprudencial que siempre había mantenido una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, como contrario a la justicia intrínseca." (FD. 1º del voto particular).

5.2 Acuerdo de Sala de 27 de marzo de 2003

La doctrina de la sentencia que acabamos de citar fue revalidada, poco después, en el **Acuerdo de la Sala Primera de 27 de marzo de 2003 (JUR 2007\114359)**, el cual y con carácter general, estableció que:

> "Prescripción de las obligaciones solidarias.
>
> El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio, cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente."

Así, desde entonces, la interrupción de la prescripción que la víctima del daño consiga frente a uno de los corresponsables solidarios del daño no interrumpe necesariamente la prescripción respecto del resto que, en un eventual pleito posterior, podrían oponer con éxito la excepción de prescripción de la acción.

En este sentido, véase por ejemplo la **STS, 1ª, 709/2016, de 25 de noviembre**, que resuelve un caso de una caída sufrida por una vecina en las escaleras que conducen al garaje del edificio donde vive. El suelo estaba recién pintado, sin señal o cartel de aviso de pintura. La comunidad de propietarios había contratado a la empresa Jimena Rojas Jiménez, que había aportado al empleado Marcos para pintar la escalera. La víctima dirige la demanda contra la comunidad, la empresa y el empleado. El TS estima el recurso de casación de la empresa frente la SAP estimatoria de la demanda y establece que la interrupción de la prescripción respecto a la

comunidad de propietarios del edificio no afecta a la empresa, respecto a la cual la acción se debe considerar prescrita.

6. El plazo trienal del Código civil de Catalunya

Más de un siglo después de la promulgación del Código Civil, los esfuerzos de la jurisprudencia por atemperar las injusticias a las que lleva en ocasiones el perentorio plazo anual del artículo 1968.2 CC aconsejaban la adopción de un nuevo plazo general para la pretensión de responsabilidad civil extracontractual. Así lo hizo el legislador del Codi Civil de Catalunya que, en el ámbito propio de sus competencias, adoptó un nuevo plazo -trienal- para el ejercicio de la acción indemnizatoria de las víctimas de accidentes. La Llei 29/2002, de 30 de desembre, de la **Primera Llei del Codi Civil de Catalunya** estableció un plazo más largo que el del código español para la acción de responsabilidad civil extracontractual en su **artículo 121-21**:

> "Prescriuen al cap de tres anys:
> (…)
> d) Les pretensions derivades de responsabilitat extracontractual."

6.1. Albert LAMARCA i MARQUÈS, "Comentari a l'article 121-21", en Albert LAMARCA i MARQUÈS, Antoni VAQUER ALOY, *Comentari al llibre primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 592 y ss. (extracto)

"El CC Cat allarga en dos anys el termini anual de prescripció per a les pretensions derivades de responsabilitat extracontractual de l'art. 1.968.2 CC. L'allargament del termini vigent fins a tres anys és també una reforma cabdal del CC Cat que, a la pràctica, evitarà complexitats en la gestió dels plets derivats de responsabilitat civil i contribuirà a possibilitar el rescabalament dels danys causats injustament. En aquest punt, es posa en relleu que el CC Cat no només ha escurçat terminis, també els ha allargat en els supòsits en què calia fer-ho.

De fet, el termini fins ara vigent d'un any per a la prescripció de les pretensions del dret de danys era dels pocs en què la prescripció podia arribar a ser la qüestió determinant del plet, a diferència del que fins ara succeïa en la majoria de plets civils.

L'allargament del termini implica també la seva unificació amb el termini de prescripció de bona part de pretensions contractuals, incloses al mateix art. 121- 21 CC Cat. A la pràctica, això posarà fi a construccions artificioses sobre la naturalesa contractual o extracontractual de la pretensió d'indemnització que s'està exercitant, si es dóna o no un concurs de pretensions o de normes que fonamenten la pretensió, i tantes d'altres qüestions jurídiques complexes que només pretenen evitar que la pretensió d'indemnització es pugui considerar prescrita. El termini de tres anys s'aplica a totes les pretensions que deriven de responsabilitat extracontractual, amb fonament a l'art. 1.902 i ss. CC o a la legislació sectorial que correspongui, i substitueix el vigent d'un any de l'art. 1.968.2 CC a tots els efectes a Catalunya. L'àmbit d'aplicació del termini triennal és el mateix del que resulta del termini anual fins ara vigent, i això vol dir que s'hi sotmeten les pretensions que tenen per finalitat la reparació d'un dany causat al marge de l'incompliment d'una obligació contractual.

El termini, un cop més, és el general a Catalunya, això vol dir que substitueix completament el que fins ara hi era vigent, però no afecta els terminis especials, dins els quals cal incloure tant els que tenen una durada diferent com la mateixa anual de l'art. 1.968.2 CC, i també els establerts pel dret estatal que coincideixen amb el de l'art. 121-21 CC Cat. Això succeeix, per exemple, amb el termini de quatre anys de l'art. 949 CCo per exigir la responsabilitat dels administradors de les societats mercantils, el d'un any per exigir la responsabilitat a l'Administració de l'art. 142.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, el de la mateixa durada per danys de l'art. 122.2 de la Llei, de 16 de desembre, de expropiación forzosa, o el de tres anys de l'art. 12.1 de la Llei 22/1994, de 6 de juliol, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Tampoc substitueix els terminis especials del dret català, fins i tot com el de l'art. 46.3 LCo que fa remissió expressa a l'art. 1.968 CC. Aquesta multiplicitat de regulacions dóna lloc a règims tant perplexos com el de la responsabilitat mèdico-sanitària: a Catalunya les pretensions de danys contra els hospitals públics prescriuen a l'any mentre que per les derivades de l'exercici de la medicina privada el termini de prescripció és de tres anys, una diferència de dos anys gens negligible.

La delimitació clara, a la pràctica, de l'àmbit d'aplicació del termini no será senzilla, atesa la complexitat de fixar el dret aplicable als supòsits de responsabilitat extracontractual. La regla de l'art. 10.9 CC, segons la qual «las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven», l'anomenat criteri de la lex loci delicti comissi, presenta força elements d'indeterminació. En segon lloc, en aquesta complexitat hi influirà la qüestió de la jurisdicció competent per resoldre el supòsit de fet que, en casos de conflicte de lleis, pot no coincidir amb el domicili del demandant i el lloc de la producció dels danys i, per aquest motiu, amb el del dret aplicable al fons del cas. Fins ara no es plantejaven qüestions de dret interregional, ni tampoc internacionals, relatives al dret de la responsabilitat extracontractual amb fonament al dret civil de Catalunya. Amb el CC Cat aquests conflictes serán possibles per bé que limitats al termini de prescripció de la pretensió de danys.

L'inici del còmput del termini de prescripció de la pretensió de danys és una de les qüestions cabdals en la matèria. Fins ara ho era per la brevetat extrema del termini i per la vigència d'un criteri subjectiu que excepcionava la regla general objectiva de l'actio nata de l'art. 1.969 CC. La importància del dies a quo en les accions de danys es manté, encara que mitigada per l'allargament del termini, perquè no sempre coincidiran el moment del fet que produeix els danys amb el de la completa determinació del seu abast, que pot ser molt posterior.

De tota manera, si bé fins ara era molt probable que passés més d'un any entre el fet causant dels danys i la interposició de la demanda de reclamació de responsabilitat, el termini de tres anys permet pensar que seran menys els supòsits en què transcorrerà aquest termini entre ambdós moments, el que evitarà plantejar qüestions sobre el dies a quo. Pel cas que això succeeixi, és clar que el termini de tres anys començarà a computar-se des del moment en què els danys s'hagin manifestat de manera completa i el perjudicat n'hagi tingut cabal coneixement, com també de la persona contra la qual s'ha d'adreçar, en els termes de l'art. 121-23 CC Cat. Tot això sempre amb el límit del termini de preclusió de trenta anys de l'art. 121-24 CC Cat.

Pel que fa a l'anomenada responsabilitat civil derivada de delicte, el TS li ha aplicat el termini de prescripció de l'art. 1.964 CC -que per a Catalunya seria el del derogat art. 344 CDCC- per evitar l'efecte prescriptiu del termini d'un any de l'art. 1.968.2 CC. Amb el nou CC Cat, si es segueix

aquesta jurisprudencia no exempta de polèmica, el termini haurà de ser llavors el de deu anys de l'art. 121-20 CC Cat."

6.2. Doctrina jurisprudencial sobre el plazo catalán de prescripción y los plazos previstos en leyes especiales

La convivencia del plazo de prescripción de la acción de daños específicamente previsto en el artículo 121-21 CCCat con la regulación estatal en materia de responsabilidad civil extracontractual ha planteado el problema de determinar qué plazo, si el estatal o el autonómico, resultan de aplicación al ejercicio de acciones de daños fundadas en normativa estatal.

En concreto, el problema se ha planteado con ocasión del plazo de ejercicio de la acción contra el asegurador que reconoce a la víctima de un accidente de circulación el **artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor**, conforme al cual:

> "1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley. Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes."

El precepto prevé un plazo de 1 año para que la víctima del accidente ejercite la acción directa contra el asegurador del responsable del accidente de circulación. ¿Queda este plazo sustituido por el de 3 años vigente en Catalunya cuando la acción directa se ejercite por una víctima sujeta al derecho civil catalán o el accidente ha tenido lugar en Catalunya?

La cuestión ha sido -¿finalmente?- resuelta por la **STS, 1ª, 534/2013, de 6 de septiembre, MP: Antonio Salas Carceller.** En el caso que resolvió finalmente la Sala, el conductor de un vehículo había sufrido un accidente de circulación en Mataró (Barcelona). El responsable carecía de seguro por lo que la cobertura de su responsabilidad correspondía al Consorcio de Compensación de Seguros. La víctima del accidente ejerció contra esa entidad la acción directa de reclamación de los daños sufridos. Lo hizo, sin embargo, más de un años después del accidente, aunque antes de la expiración del plazo trienal del CCCat. El Consorcio opuso la prescripción de la acción, que fue desestimada por las instancias, aunque fue acogida por la casación. La Sala Primera resolvió que:

"La Sala a la vista de las soluciones contradictorias e inconciliables que se han dado sobre la cuestión que se discute considera que ha de aplicarse el plazo de prescripción de un año establecido en el 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, estimando el recurso interpuesto por el Abogado del Estado.

Se impone dicha solución si se parte de considerar, como resulta necesario, cuál es la naturaleza de la acción ejercitada y de dónde nace el derecho que mediante ella se hace valer ante los tribunales por medio de la pretensión.

En el presente caso no se trata de una simple acción derivada de culpa extracontractual en virtud de la cual el que ha sufrido un daño se dirige contra aquél que se lo produjo para reclamarle la indemnización oportuna. Por el contrario el ejercicio de la acción contra el Consorcio de Compensación de Seguros nace precisamente de un derecho de carácter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislación civil catalana sino el artículo 11.1.b) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el 11.3 del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros , aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, normas de las que deriva la obligación de dicho organismo de indemnizar cuando el daño haya sido causado por vehículo no asegurado.

De ahí que, nacida de la ley la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros, ha de entenderse aplicable el plazo de prescripción que la propia ley establece para la exigencia del cumplimiento de tal obligación ante los tribunales, que en este caso -como se ha repetido- es el de un año fijado en el propio artículo 7.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Así lo establece el artículo 1090 del Código Civil cuando dice que las obligaciones derivadas de la ley "se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido".

"La propia Disposición Final Primera de dicha ley refiere que el Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio, sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana." (FD. 4º)

En consecuencia, el plazo catalán de prescripción, en materia de acción de daños, será aplicable siempre que no exista regulación especial que prevea un plazo diferente. Así sucede, de hecho, con el plazo que el artículo 1968.2 CC prevé con carácter general para la acción de daños. Tal plazo, como ya se ha visto, no precluye el ejercicio de acciones de daños específicamente reguladas por leyes especiales que prevean plazos diferentes al general. Por tanto, el plazo de prescripción de una acción de daños prevista en una regulación especial se aplicará con preferencia en todo caso, con independencia de que el plazo general sea el estatal o el autonómico.

Las **SSTSJCat, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 60/2017 y 61/2017, de 4 de diciembre de 2017**se han pronunciado, en términos idénticos, a favor de la aplicación del plazo de 1 año también para la acción de responsabilidad civil de la víctima contra el causante si los hechos han sucedido en Cataluña y a pesar de que el Texto Refundido no ha establecido de forma expresa cuál ha de ser el plazo de prescripción para esta acción:

"Es cierto que el legislador no ha establecido en forma expresa en el TRLRCYSCVM que el mismo plazo de prescripción de la acción dispuesto para las aseguradoras de la responsabilidad civil debe operar cuando la acción se entable contra el causante del daño o contra el propietario del vehículo.

Sin embargo, debe tenerse presente que en la moderna configuración del seguro de responsabilidad ha pasado de ser un mecanismo reparador (en las pólizas primitivas la obligación del asegurador consistía simplemente en reembolsar a su asegurado el pago hecho por éste al tercero perjudicado) a constituir un mecanismo de naturaleza preventiva, materializado en la cobertura por el asegurador del "riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato" (artículo 73 LCS).

Y para el logro de esa total indemnidad del responsable civil-asegurado nada más coherente que el reconocimiento de una acción directa del perjudicado frente al asegurador, la cual además presenta en el ámbito del SOA, un contenido idéntico -cuantitativo y cualitativo, incluyendo el plazo de prescripción- al de la acción que corresponde al perjudicado frente al causante del daño o al propietario del vehículo.

Así pues, ha de entenderse que el art. 7.1 del TRLRCYSCVM, precepto con clara vocación de aplicación universal, elemento de cierre del sistema, al indicar expresamente que el plazo de prescripción de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora es el de un año, lo que hace es instituir implícitamente en la ley el mismo término de prescripción anual cuando la acción se dirija contra el resto de los responsables de las consecuencias dañosas del accidente, pues lo que el tercero perjudicado tiene derecho a exigir del asegurador es el cumplimiento de la obligación de indemnizar del asegurado no el cumplimiento de una obligación autónoma del asegurador frente al tercero.

Y ello por cuanto, el TRLRCYSCVM abarca una regulación integral del régimen de la responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación.

(…)

Precisamente porque la exigencia legal del seguro obligatorio para responder de los daños ocasionados por los accidentes de circulación se erige en pieza clave e indisoluble de toda la regulación específica, es por lo que ya promulgada la CE, la Disposición final Primera del TRLRCYSCVM de 2004 considera la norma con carácter general como mercantil ex art. 149.1.6 ª y por tanto de aplicación directa en toda España, sin hacer salvedad alguna en relación con ningún precepto (a diferencia de otras leyes) excepto en orden a la normativa fiscal.

No puede operar entonces el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana.

La equiparación del régimen general de la prescripción de la acción directa y de la acción contra el asegurado se deduce también de la desaparición paulatina desde el art. 42 de la ley de 122/1962, el art. 5 del Decreto 1301/1986 de 28 de junio, luego art. 6 según DA 8 de la ley 30/1995 (RCL 1995, 3046) y actual art. 7.1 del Texto refundido del 2004 de las diferencias legales sobre el dies a quo y modos de interrupción de la prescripción que se habían venido estableciendo en relación con la primera".

Capítulo 13
El proceso civil de reclamación de responsabilidades civiles

1. El proceso civil de reclamación de daños y perjuicios 356
2. El proceso ordinario 356
2.1. Fase alegatoria: demanda y contestación. Reconvención 356
2.2. Fase intermedia: audiencia Previa 360
2.3. Fases probatoria y final: juicio 362
2.4. Sentencia: aclaración, corrección y complemento 364
3. Recursos 365
4. Ejecución provisional y definitiva. Medidas cautelares 366
5. Juicio verbal 368

"Para obtener Justicia no basta tener razón,
es necesario saberla exponer y demostrarla,
encontrar quien la entienda y la quiera dar,
y por último -que es lo más importante-,
encontrar un deudor que pueda pagar."

Piero CALAMANDREI

Estudios sobre el proceso civil, Tomo III,
Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 261.

El derecho de daños no se entiende sin las reglas que regulan el proceso en que se exigirán las eventuales responsabilidades civiles, esto es, sin el derecho procesal. El primero, sin el segundo, es un derecho abstracto, y el segundo, sin el primero, es un derecho vacío.

Con mucha frecuencia, al revisar la jurisprudencia, nos encontramos con resoluciones judiciales que, desde un punto de vista estrictamente material, pueden tener difícil explicación. Sin embargo, el fallo se explica las más de las veces en atención a las vicisitudes del proceso: si no se admitió tal o cual prueba, si precluyó la alegación de algún hecho o fundamento jurídico, o si las partes no llevaron a cabo alguna actuación que podía perjudicar la futura interposición de algún recurso procesal, por ejemplo.

En las páginas que siguen se contiene una aproximación sintética a las reglas del procedimiento civil y una explicación práctica de algunas de las cuestiones procesales más relevantes del proceso desde la perspectiva del derecho de daños. En modo alguno pretende ser un tratado exhaustivo sobre la materia ni, por tanto, sustituye el estudio de las leyes procesales, la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

1. El proceso civil de reclamación de daños y perjuicios

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC) regula en el Título II del Libro II dos procesos declarativos ordinarios, que son los que están enumerados en el artículo 248.2 LEC: el juicio ordinario y el juicio verbal.

Como veremos a continuación, nuestro legislador ha delimitado el ámbito de ambos, si bien ha establecido una cláusula de cierre, mediante la cual ha dispuesto que todas las contiendas judiciales que no tengan señalada por la Ley una tramitación específica, serán ventiladas y decididas por los trámites del juicio ordinario.

La Ley utiliza dos criterios para decidir qué materias jurídicas, o conflictos jurídicos, se resolverán a través de los trámites del juicio ordinario o el juicio verbal: el criterio objetivo y el de la cuantía, una vez excluidas ciertas materias que tienen señalada en la LEC una tramitación especial.

En el ámbito de las reclamaciones de daños y perjuicios, con carácter general:

i) Se decidirán en juicio ordinario las reclamaciones de más de 6.000 euros de cuantía. La cuantía de un pleito se fija según el interés económico de la demanda, que se calcula de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 251 y siguientes LEC.

ii) Se decidirán en juicio verbal las reclamaciones de hasta 6.000 euros de cuantía.

iii) Se decidirán en todo caso por los trámites del juicio ordinario los pleitos en materia de derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

En las páginas que siguen a continuación se exponen las reglas generales del juicio ordinario. Ulteriormente (*vid*. apartado 5), y a modo de apunte, se expondrán sintéticamente las principales diferencias entre el juicio ordinario y el verbal.

2. El proceso ordinario

Con el objeto de estudiar el juicio ordinario, podemos dividirlo en las siguientes fases: alegatoria, intermedia, probatoria y final.

2.1. Fase alegatoria: demanda y contestación. Reconvención

a) Demanda

Dice el artículo 399 LEC que "el juicio principiará por demanda". La demanda es, así, el acto de incoación del juicio, el acto de petición o postulación y, en suma, el escrito rector del

procedimiento que delimita el objeto del juicio (Francisco RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil,* Tomo II, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 1157-1158).

La demanda debe incluir la identificación del tribunal, de las partes, del procurador y del abogado del demandante, los hechos -narrados "de forma ordenada y clara" y con expresión de "*los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que* fundamenten las pretensiones" (artículo 399.2 LEC)-, los fundamentos de derecho procesales y sustantivos, y la petición o suplico.

> La LEC regula, en sus artículos 256 y siguientes, las diligencias preliminares, un conjunto de posibles actividades que obedecen a la finalidad de preparar el juicio y que se llevan a cabo antes de interponer la demanda. En el catálogo se encuentran, entre otras, la solicitud de exhibición de la cosa o la solicitud de exhibición de documentos necesarios para el juicio. En relación con las llamadas acciones colectivas o de clase (*Class actions*), las diligencias preliminares son esenciales para la averiguación de los integrantes de un grupo de afectados.

Una demanda defectuosa está abocada al fracaso. No basta tener la razón: hay que conocer las reglas del juego para convertir esa razón en una resolución judicial estimatoria. A este respecto, y por su relevancia práctica en los procedimientos de responsabilidad civil –tanto contractual como extracontractual-, conviene abordar el problema de la preclusión. De conformidad con el **artículo 400 LEC**:

> "Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.
>
> 1. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.
>
> 2. De conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste".

Destacan las dos consecuencias prácticas siguientes:

1. No se puede corregir una demanda defectuosa. Más allá de las alegaciones complementarias y aclaratorias, y de las pretensiones complementarias, a que se refiere el artículo 426 LEC en el marco de la audiencia previa, una vez planteada la demanda y delimitado el objeto del litigio no es posible alterar el mismo, ni siquiera para corregir un defecto en la demanda.

   Véase, por ejemplo, la **STS, 1ª, 1172/2003, de 12 diciembre, MP: Antonio Gullón Ballesteros**, en un caso en que se ejercitaba una acción declarativa de dominio con posterioridad a un proceso de tercería de dominio:

"La sentencia de esta Sala de 30 de julio de 1996 declaró que «no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, pues no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió»".

2. No se puede dejar para un pleito posterior la reclamación de los daños y perjuicios. Con carácter general, no se puede instar una demanda en la que se solicite, exclusivamente, que el Juzgado declare la responsabilidad del causante del daño si esta pretensión no se acompaña de la reclamación de las consecuencias derivadas de aquella declaración de responsabilidad, e.g., la indemnización de daños y perjuicios.

La doctrina considera que las acciones meramente declarativas no pueden ejercitarse en los supuestos en que a la actora no le conviene o no le interesa solicitar una tutela de condena, como sucede en el presente caso. En este sentido, el Profesor ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 52, sostiene que:

"[S]i por la naturaleza jurídica del derecho puede ser pedida la condena a prestación, no es admisible pedir una tutela de mera declaración, porque es contrario a la economía en el ejercicio de la potestad jurisdiccional permitir la realización de dos procesos si la tutela necesaria puede ser dispensada en uno sólo".

Más recientemente, y con referencia expresa al artículo 400 LEC, la **STS, 1ª, 164/2011, de 21 marzo**, **MP: Encarnación Roca Trías,** dictada en un caso en que se discutía la reclamación de daños derivados de un siniestro, establece que no puede dejarse para un pleito posterior una indemnización de daños y perjuicios no solicitada en el pleito anterior, siempre que entre dicha pretensión y el objeto principal del pleito exista una íntima conexión:

"No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30.7.96, 3.5.00 y 27.10.00)", y, b) además, según esta misma sentencia, alcanza a cuestiones que se han deducido de manera implícita en la demanda: "La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28.2.91 y 30.7.96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC".

La solicitud de declaración de responsabilidad civil no acompañada de la reclamación de daños y perjuicios es una estrategia relativamente frecuente -aunque arriesgada- cuando

> la demanda sirve al exclusivo fin de forzar una negociación y, muy particularmente, cuando se trata de limitar el riesgo de costas procesales. Y puede tener éxito, si se acredita la necesidad de adopción urgente de una resolución judicial que declare la responsabilidad civil del causante.

Junto con la demanda deben acompañarse todos los documentos de que quiera valerse la parte para sostener su posición. Son excepcionales los casos en que, con posterioridad a la presentación de la demanda, se permitirá a la parte demandante introducir una prueba documental o pericial (véanse los artículos 265, 270, 337, 338, 339, 386, 387, 426 y 427 LEC).

No obstante, en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de la competencia, la LEC prevé ahora (tras su modificación por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores) en su artículo 283.bis una suerte de *discovery o disclosure* (según la jurisdicción), inspirada en el *Common Law*, en el marco de la cual es posible solicitar la exhibición de documentación en posesión del demandado cuya obtención, hasta la reforma legal, era muy complicada.

b) Contestación a la demanda y reconvención

La parte adversa dispondrá de un plazo de 20 días desde la notificación de la demanda para contestarla (artículo 404 LEC).

La contestación a la demanda se redactará en la forma prevista para la demanda (artículo 399 LEC) y, parecidamente a ésta, deberán exponerse todos los fundamentos de la oposición a las pretensiones del actor, alegando no sólo las excepciones materiales sino, además, cuantas excepciones procesales obsten a la válida prosecución del procedimiento (artículo 405 LEC).

El demandado puede también, y dentro del plazo para contestar a la demanda, plantear reconvención frente al demandante. La reconvención es la demanda que formula el demandado contra el demandante, aprovechando la oportunidad que le ofrece la pendencia del juicio, Francisco Ramos Méndez, 2008, p. 1301. La reconvención, que ha de proponerse a continuación de la demanda, adopta su misma forma y en ella habrá de expresarse la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de terceros. El demandante reconvenido y, en su caso, los terceros, dispondrán de un plazo de 20 días para contestar a la reconvención, en los mismos términos que la contestación a la demanda (artículo 407 LEC).

Con la entrada en vigor de la LEC de 2000, la referencia del artículo 406.4 LEC a la preclusión, a la que antes nos hemos referido ("será de aplicación a la reconvención lo dispuesto para la demanda en el artículo 400 LEC"), extendió entre los abogados el temor de que resultara necesario plantear las reclamaciones que se tuvieran contra el demandante vía reconvención para evitar la preclusión y, en consecuencia, la extinción de las acciones que se tuvieran frente a aquel, Francisco Ramos Méndez, 2008, p. 1302:

> "La ley ha silenciado aposta el hecho de que, si no se hace uso de la reconvención, el demandado conserva vivas todas sus acciones, que pueden ejercitar en el juicio correspondiente, tal como decía la ley anterior. El silenciamiento parece intencionado,

como digo, porque la ley quiere aplicar a la reconvención no formulada la preclusión definitiva"

El temor resultó infundado. Con base en la doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales, creemos poder afirmar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, una obligación de reconvenir. Véase el AAP Barcelona, Secc. 11ª, 35/2009, de 17 de febrero: "*tal carga (la de formular reconvención) no existe ni siquiera en la legislación procesal vigente. La LEC de 2000 establece la naturaleza puramente potestativa de la reconvención para el demandado, quien es libre de formularla*". Cuestión distinta es que, formulada reconvención, la misma deba fundarse en todas las causas de pedir, sin que pueda reservárselas para un procedimiento posterior.

c) Fijación de los términos del debate

Los términos del debate, salvo las excepciones previstas para la audiencia previa que pasamos a examinar a continuación, vendrán determinados por demanda y contestación, por lo que con posterioridad no se admitirá ninguna modificación sustancial que altere las pretensiones objeto principal del pleito, so pena de incurrir en la denominada *mutatio libelli*, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico (véase **la STS, 1ª, 372/2011, de 1 de junio, MP: Juan Antonio Xiol Ríos**).

2.2. Fase intermedia: audiencia Previa

Tras las alegaciones iniciales de las partes, esto es, una vez contestada la demanda o, en su caso, la reconvención, la LEC prevé en sus artículos 414 y siguientes la celebración de la llamada audiencia previa, que tiene como finalidad:

a) En primer lugar, conseguir, si ello fuera posible, que las partes alcancen un acuerdo o transacción que evite la continuación del procedimiento (artículo 19 LEC). En la práctica, es altamente improbable que las partes alcancen un acuerdo en este momento, ni siquiera con la mejor voluntad del Juez. De ahí que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles reconociera al Juez el poder de invitar a las partes a una mediación y le otorgara potestad para conminarlas a asistir a una sesión informativa. Existe una voluntad clara de impulsar la mediación, como lo demuestra la reciente firma en septiembre de 2013 de un convenio de colaboración entre el CGPJ y la Cámara de Comercio de Barcelona por el que todos los jueces mercantiles de Barcelona remitirán de forma preferente los asuntos de mediación a la Cámara a través del Consolat de Mar; el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de enero de 2019 o la consulta pública del Ministerio de Justicia sobre el anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias, de junio de 2020.

b) En el caso de que el acuerdo no fuera posible -y, en consecuencia, hubiera de continuar el procedimiento-, examinar y resolver las cuestiones procesales planteadas por el demandado, por el actor a la vista de la contestación del demandado o en la eventual contestación a la reconvención, o incluso las que pueda plantear de oficio el propio órgano judicial.

c) La audiencia previa sirve, asimismo, para que las partes fijen de forma definitiva los términos del debate:

Las partes pueden formular alegaciones complementarias (artículo 426.1 LEC), aclaraciones o rectificaciones (artículo 426.2 LEC), pretensiones complementarias o accesorias (artículo 426.3 LEC); dar a conocer hechos nuevos o de nueva noticia (artículo 426.4 LEC) e incluso aportar, con los límites establecidos, nuevos documentos y dictámenes (artículo 426.5 y 427.3 y .4 LEC).

Las partes deben manifestar su posición sobre los documentos, particularmente si cuestionan o no su autenticidad, y sobre los dictámenes e informes que se hayan podido presentar por las partes, pudiendo proponer su ampliación (artículo 427.1 y 2 LEC). También pueden las partes solicitar la aportación de nuevos dictámenes cuya necesidad se hubiera puesto de manifiesto a raíz de las alegaciones complementarias o aclaratorias, aclaraciones o rectificaciones, o pretensiones complementarias o accesorias (artículo 427.3 LEC).

Por último, las partes fijarán de forma definitiva cuáles son los hechos controvertidos, esto es, las cuestiones estrictamente fácticas de la controversia sobre las que no coinciden. La fijación de los hechos controvertidos tiene una importancia evidente: la prueba que se solicite deberá venir referida, exclusivamente, al esclarecimiento de estos hechos controvertidos, por lo que si no se fija de forma correcta se corre el riesgo de que, posteriormente, en la fase de proposición de prueba, se inadmitan los medios de prueba propuestos por impertinentes.

d) Si existe disconformidad sobre los hechos, las partes pueden a continuación proponer las pruebas de que intenten valerse para demostrarlos.

Si no existe disconformidad y, en consecuencia, la controversia queda reducida a una cuestión estrictamente jurídica, la proposición y práctica de prueba resulta innecesaria y el caso queda visto para sentencia sin necesidad de celebración de juicio. Lo mismo sucede si, posteriormente, la única prueba propuesta fuera la documental (artículo 429.8 LEC). En este sentido, es muy frecuente que los abogados traten de evitar manifestar una plena conformidad con los hechos para garantizarse la práctica de alguna prueba (por ejemplo, interrogatorio de parte o declaración de testigos o peritos) –por el impacto que pueda causar al Juez oír sus explicaciones de viva voz- y, sobre todo, el trámite de conclusiones.

El Juez decide sobre la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas por las partes, en atención a su necesidad, pertinencia y utilidad (artículo 283 LEC). Si un medio de prueba es denegado, es absolutamente indispensable recurrir en reposición (artículos 285.2 y 451 LEC) en el mismo momento y si, como sucede en la mayor parte de los casos, el recurso es desestimado, formular protesta, a efectos de poder reiterar la solicitud de admisión de la prueba en segunda instancia.

En la práctica, la fase de proposición y admisión de prueba es, acaso, la más tensa de todas las que componen la audiencia previa, pues se convierte en un buen número de ocasiones en una lucha encarnizada para lograr la admisión de las pruebas propias y la inadmisión de las ajenas, desarbolando de este modo la estrategia del contrario. ¡Buena parte del pleito va en ello!

e) Por último, el juez señala día y hora para la celebración del juicio y cita a las partes, al tiempo que acuerda citar a las restantes personas que hayan de intervenir en el juicio y que las partes no se comprometan a citar por ellas mismas.

Típicamente, el guión de una audiencia previa sería el siguiente:

I. Intento de conciliación o transacción
II. Examen de cuestiones procesales
III. Delimitación de los términos del debate
A) Alegaciones complementarias (art. 426.1 LEC).
B) Aclaraciones y rectificaciones (art. 426.2 LEC).
C) Pretensiones accesorias o complementarias (art. 426.3 LEC).
D) Hechos nuevos o de nueva noticia (art. 426.4 LEC).
E) Nuevos documentos y dictámenes (arts. 426.5 y 427.3-4 LEC).
F) Posicionamiento ante documentos y dictámenes (art. 427.1-2 LEC).
G) Fijación de los hechos controvertidos (art. 428.1 LEC)
IV. Proposición de Prueba

2.3. Fases probatoria y final: juicio

En un juicio ordinario, todas las actuaciones tienen como fin último la celebración de una sesión oral en la que se practican las pruebas propuestas y admitidas y tienen lugar, en último término, las conclusiones del procedimiento. A este acto se le denomina, propiamente, juicio. Dice el **artículo 431 LEC:**

> "El juicio tendrá por objeto la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos.
>
> Asimismo, una vez practicadas las pruebas, en el juicio se formularán las conclusiones sobre éstas".

El juicio se celebra, de ordinario, en unidad de acto, y sólo cuando ello no sea posible (por ejemplo, debido al elevado número de pruebas a practicar) se continúa en las sesiones necesarias para completar las actividades previstas en la LEC y que, generalmente, ya habrán sido programadas en la audiencia previa. No es infrecuente, en este sentido, que una vista que comenzó a primera hora de la mañana pueda alargarse -sin apenas alguna pequeña pausa- hasta bien entrada la tarde.

Al juicio han de concurrir los abogados y procuradores de las partes y, en el caso de que se hubiera solicitado su interrogatorio, la propia parte o representante legal de la misma. Si ninguna de las partes comparece, el pleito queda visto para sentencia, pero continuará si concurriese cualquiera de ellas (artículo 432 LEC). Ahora bien, si la parte llamada a declarar no concurriera al juicio, podrá tenérsela por confesa (*ficta confessio*, artículo 304 LEC), esto es, podrán considerarse reconocidos por ella los hechos en que hubiera intervenido y cuya fijación como ciertos le sea perjudicial.

Con carácter previo a la práctica de las pruebas, las partes podrán hacer alegaciones acerca de hechos nuevos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa. Asimismo, también con carácter previó, se resolverá cualquier cuestión planteada en relación con la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba.

Resueltas las eventuales cuestiones previas, la vista se dedicará a continuación a la práctica de la prueba. Las pruebas se practican por el orden establecido en la LEC: declaración de las partes, testigos, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial y reproducción de palabras, imágenes y sonidos (artículo 431 LEC).

> Debido a que puede transcurrir largo tiempo entre la interposición de la demanda o contestación y la vista de juicio, y para garantizar la práctica de la prueba, la LEC prevé en sus artículos 293 y siguientes las llamadas medidas de aseguramiento de prueba. Estas medidas se dirigen a evitar que "*por conductas humanas o acontecimiento naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba o incluso carezca de sentido proponerla*". Desde la interposición de la demanda hasta la celebración del juicio puede transcurrir más de un año, según el partido judicial, por lo que es conveniente valorar la adopción de estas medidas para garantizar que la prueba pueda llegar a practicarse.

Por último, y al término de la práctica de la prueba, las partes concluyen con un informe oral –sólo excepcionalmente, y aunque no está previsto legalmente, los jueces admiten conclusiones escritas para facilitar su labor- en el que se extraen las consecuencias de su actividad probatoria en relación con sus respectivas peticiones de juicio. Dice el **artículo 433.2 LEC**:

> "Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos.
>
> A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos.
>
> En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria".

Las conclusiones son una pieza clave en el proceso judicial. No basta con que, tras la práctica de la prueba, tales o cuales hechos hayan quedado demostrados. Ulteriormente, hay que poner de manifiesto al juez la relevancia de los hechos probados en el marco de la cuestión jurídica debatida en el procedimiento.

> Los jueces dan una gran importancia a las conclusiones del juicio siempre que las mismas consistan, precisamente, en este ejercicio de síntesis de la prueba practicada y relación de la prueba con los fundamentos de derecho que sustentan las pretensiones de las partes. Un buen informe de conclusiones es esencial en la formación del juicio del tribunal.

De este modo, en el informe de conclusiones se resumen y valoran las pruebas practicadas y se expone si, a juicio del abogado informante, los distintos hechos controvertidos han quedado o no probados; en segundo lugar, se informa sobre los argumentos jurídicos que sustentan las pretensiones de las partes; y por último, se indica al tribunal si se mantienen las respectivas peticiones o si, como consecuencia del resultado de la prueba practicada, se modifican (por ejemplo, se reduce el monto de la indemnización reclamada, se concreta una petición genérica, etc.) (Francisco RAMOS MÉNDEZ, 2008, p. 70.)

Antes de dictar sentencia es posible la adopción de las llamadas diligencias finales (artículos 435 y 436 LEC), que consisten en diligencias o actuaciones de prueba que se pueden llevar a cabo, principalmente, cuando (i) no se hubiera podido practicar una prueba admitida; (ii) se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia previstos en el artículo 286 LEC.

2.4. Sentencia: aclaración, corrección y complemento

Terminado el juicio, es función del tribunal decidir la controversia, esto es, enjuiciar el asunto. La estructura de las sentencias, que se regula en los artículos 248 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 209 LEC, es la siguiente: encabezamiento, donde se expresan los datos identificativos del procedimiento y de las partes; antecedentes de hecho, donde se consignan con claridad y concisión los hechos que sustentan las pretensiones de las partes; fundamentos de derecho, que contienen las razones jurídico-legales que sustentan el fallo; y por último, el fallo, que contiene los pronunciamientos de la sentencia.

Los artículos 214 y 215 LEC prevén la posibilidad, a instancia de parte o, según los casos, incluso de oficio, de aclarar, corregir, subsanar o complementar las sentencias oscuras, que contengan errores o que sean incompletas. La falta de solicitud de aclaración, corrección, subsanación o complemento puede ser causa de inadmisión de ulteriores recursos frente a la sentencia.

> Esto es especialmente relevante en cuanto al acceso al recurso extraordinario por infracción procesal, en la medida en que constituye causa de inadmisión la omisión del "deber de agotar todos los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal (artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.2 LEC)", cusa en la que se incluye la "alegación de falta de motivación (artículo 469.2 LEC), de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios *in iudicando o in procedendo* de la sentencia recurrida si no se ha solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia" (artículos 214

y 215 LEC) (Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de 30 de diciembre de 2011).

3. Recursos

Contra la sentencia de primera instancia cabe interponer recurso de apelación que será resuelto por la Audiencia Provincial que corresponda (artículos 455 y siguientes LEC). El recurso no permite introducir nuevas pretensiones, excepciones o cuestiones nuevas, sino que sólo podrá versar sobre las pretensiones que se hubieran planteado en la instancia.

Tras la reforma de la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, el recurso se interpone ante el juzgado que hubiera dictado la sentencia recurrida en el plazo de 20 días. Ulteriormente, una vez presentadas las eventuales oposiciones el recurso (y, en su caso, impugnaciones de la sentencia, al amparo del artículo 461 LEC, y contestadas éstas), será elevado a la Audiencia Provincial correspondiente que deba resolverlo (artículo 458 LEC).

El recurso de apelación es una segunda instancia, de tal modo que la Audiencia Provincial no estará vinculada por la valoración de la prueba efectuada por el juzgado *a quo* ni por la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Cuestión distinta son los recursos extraordinarios: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, que resuelven el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, en función de que el derecho aplicable a la controversia sea común o foral, respectivamente, son recursos extremadamente formalistas que presentan importantes limitaciones:

(i) El recurso extraordinario por infracción procesal procede contra sentencias y autos dictados en segunda instancia (artículo 468 LEC). Los motivos son tasados (artículo 469 LEC): infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional; infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del juicio, cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o haya podido producir indefensión; vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

(ii) El recurso de casación, por su parte, procede contra sentencias dictadas en segunda instancia y habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 477 LEC). El recurso contra sentencias dictadas en segunda instancia procede en los siguientes casos: cuando se hayan dictado para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución; siempre que la cuantía del proceso exceda de 600.000 euros; y, cuando la cuantía del proceso no exceda de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

Tras la reforma de la LEC por la Ley 37/2011, estos recursos se interponen, individual o conjuntamente, según los casos (Disposición Final 16ª LEC) directamente ante el órgano que

dictó la resolución recurrida en plazo de 20 días. Ulteriormente el recurso será elevado al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia que deba resolverlo.

A diferencia de la apelación, en los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación los autos se elevan al Tribunal Supremo o Superior de Justicia inmediatamente después de su interposición. Una vez que se personen las partes, el Tribunal decidirá sobre la admisión de los motivos. Típicamente, el Tribunal pondrá de manifiesto a las partes las posibles causas de inadmisión del recurso y se abrirá un plazo de alegaciones de 10 días para que las partes se manifiesten al respecto.

> El Tribunal Supremo, sobre todo, pero también algunos Tribunales Superiores de Justicia, han emitido criterios sobre la admisión de los recursos, que interpretan y complementan la regulación contenida en la LEC. El examen de admisión es muy riguroso y ha sido muy criticado por la doctrina, en la medida en que, las más de las veces, el recurso simplemente se inadmite (sucede en más del 70% de los recursos interpuestos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo), avanzándose de este modo la resolución del recurso sin entrar a conocer del fondo.

Las causas de admisión de los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación son tasadas. Así, por ejemplo, en relación con la valoración de la prueba, el Tribunal Supremo no puede llevar a cabo una valoración de la prueba distinta, salvo que se acredite que la valoración de la Audiencia Provincial es ilógica o arbitraria. La casación, por su parte, no es una nueva alzada; no es una tercera instancia, y en consecuencia, el Tribunal se limita "a conocer de la regularidad de la aplicación del derecho o de determinados principios básicos del juicio por los tribunales de instancia" (Francisco Ramos Méndez, 2008, p. 1489.).

La inadmisión de los recursos, o en su caso, la sentencia que se dicte, ya sea estimatoria o desestimatoria, pone fin al proceso judicial de manera firme, y de ella se predican los efectos de la cosa juzgada (artículos 207 y 222 LEC).

4. Ejecución provisional y definitiva. Medidas cautelares

Como decía CALAMANDREI, a quien citamos al comienzo de estas páginas, no basta con obtener una resolución favorable, sino que hace falta encontrar un deudor que pueda pagar.

Si el demandado no cumple voluntariamente con la sentencia, es necesario entonces instar su ejecución para dar de este modo cumplimiento al fallo de la resolución judicial y así obtener satisfacción.

Son ejecutables las sentencias firmes (artículos 538 y siguientes), pero también las sentencias de primera instancia o apelación que no sean firmes porque hayan sido objeto de recurso, en lo que se conoce como ejecución provisional (artículos 524 y siguientes). Aunque con algunas limitaciones. En síntesis, son ejecutables provisionalmente los pronunciamientos de condena dineraria pero no los pronunciamientos que condenen a emitir una declaración de voluntad. Además, no cabe la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de

las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Cuando la resolución no es firme, el demandado no tiene propiamente obligación de cumplir la sentencia si el demandante no insta su ejecución provisional, sin perjuicio de que, desde que se dictó, se devengan los intereses de la mora procesal del **artículo 576.1 LEC:**

> "Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley".

Por este motivo, existe reiterada doctrina que señala que en el caso de que el ejecutado consigne voluntariamente el importe de la condena, dentro de los 20 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución provisional, sin formular oposición, no procede el pago de las costas de la ejecución (SAP Madrid, Secc. 10ª, 1049/2004, de 16 de noviembre, o SAP Madrid, Secc. 14ª, 603/2007, de 30 de octubre).

Para un estudio exhaustivo de la ejecución, provisional y definitiva, nos remitimos a Francisco RAMOS MÉNDEZ (2008), *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Atelier, Barcelona, pp. 109 y ss.

Por último, es necesario advertir que para garantizar la ejecución de la sentencia que se dicte en el procedimiento es posible solicitar la adopción de medidas cautelares, cuya regulación se contiene en los artículos 721 y siguientes LEC. En particular, dice el **artículo 726 LEC:**

> "1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características:
>
> 1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.
>
> 2.ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.
>
> 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte".

La adopción de medidas cautelares requiere justificar (i) el peligro de la mora procesal (*periculum in mora*), esto es, el riesgo de que durante la pendencia del proceso se produzcan situaciones que dificulten o impidan la efectividad de la tutela judicial que se pueda otorgar en la eventual sentencia estimatoria; (ii) la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), esto es, sin prejuzgar

el fondo del asunto, el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión; (iii) de ordinario, prestar caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pueda causar al patrimonio del demandado (artículo 728 LEC).

5. Juicio verbal

Hasta la reforma de la LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, en el juicio verbal (artículos 437 y siguientes LEC), a diferencia del juicio ordinario, la fase alegatoria quedaba dividida: la demanda (ordinaria o sucinta) era escrita, pero la contestación a la demanda se producía en la primera parte del juicio o de la vista a la que eran convocadas las partes (artículo 440 LEC). A efectos prácticos (artículo 443 LEC), en esta vista se contestaba a la demanda y, posteriormente, se acumulaban en un mismo acto las actuaciones propias de la audiencia previa del juicio ordinario y del juicio. Tras la entrada en vigor de la Ley 42/2015, la demanda se adecúa en su contenido y forma a la del ordinario, y la contestación a la demanda (y, en su caso, la formulación de reconvención y su contestación) se lleva a cabo por escrito, en el plazo de 10 días, también conforme a las reglas del juicio ordinario (artículo 438.1 LEC).

La vista de juicio verbal ha dejado de ser, tras la reforma de la LEC por la Ley 42/2015, obligatoria. Ahora son las partes las que deben pronunciarse –el demandado en su escrito de contestación, y el demandante en escrito de alegaciones posterior a la contestación- sobre si consideran necesaria la celebración de vista. Si ninguna de las partes la solicita y el tribunal no lo considera necesario, no se celebrará vista y los autos quedarán vistos para sentencia.

En caso de celebrarse, la vista actual del juicio verbal ha quedado reducida a la práctica acumulada de las actuaciones propias de la audiencia previa y el juicio del procedimiento ordinario. Así, se resuelven las posibles excepciones, se fijan los hechos controvertidos y se propone la prueba que, de ser admitida (frente a las resoluciones judiciales sobre admisión o inadmisión cabe, tras la reforma del artículo 446 por la Ley 42/2015, recurso de reposición y ulterior protesta), se practica inmediatamente a continuación (de ahí que las partes puedan solicitar al Juzgado con antelación que cite a los testigos que no puedan aportar ellas mismas y de cuyo testimonio pretendan valerse en el juicio, caso de que posteriormente, en la vista, se admita la prueba).

A diferencia del juicio ordinario, la LEC no preveía un trámite de conclusiones, aunque en atención a la complejidad del asunto algunos jueces podían invitar a las partes a formularlas. El artículo 447.1 LEC ha venido a institucionalizar esta práctica, al regular expresamente la posibilidad de que los Jueces concedan turno de palabra a las partes para formular conclusiones.